FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

DE L'INVIOLABILITÉ
de la Personne et du Domicile
en droit français et comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

présentée et soutenue le lundi 10 Mars 1924, à 13 h. 45

PAR

ROBERT LE BOURDELLÈS

Membres du Jury { MM. BLONDEL, Professeur.
CHAUVEAU, Professeur, Président.
LENOAN, Chargé de cours.

RENNES
IMP. EDONEUR & RUESCH
10, Place du Palais

1924

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542713_0053

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

CONSEILLER A LA COUR D'APPEL DE RENNES.

A MA MÈRE

HOMMAGE DE RESPECTUEUSE RECONNAISSANCE.

A MON FRÈRE

TÉMOIGNAGE D'AFFECTION.

Robert LE BOURDELLÈS.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES

DE L'INVIOLABILITÉ
de la Personne et du Domicile
en droit français et comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

présentée et soutenue le lundi 10 Mars 1924, à 13 h. 45

PAR

ROBERT LE BOURDELLÈS

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Membres du Jury { MM. BLONDEL, Professeur.
CHAUVEAU, Professeur, Président.
LENOAN, Chargé de cours.

RENNES
IMP. EDONEUR & RUESCH
10, Place du Palais
1924

BIBLIOGRAPHIE

Annuaire de Législation Étrangère.

Batbie. — *Traité théorique et pratique de Droit public et administratif.* 2e édition, 1885-1894 (Tome II).

Blackstone. — *Commentaires sur les lois anglaises* (Traduction Chompré) 1823.

Block. — *Dictionnaire de l'Administration française,* 4e édition, 1898.

Bluntschli. — *Le Droit public général* (Traduction de Riedmatten) 1885.

Bonot. — *La liberté individuelle et les mesures d'exception sous le second Empire* (Thèse, Paris 1908).

Bulletin de la Société Générale des Prisons *(ou Revue pénitententiaire).*

Année 1900 ; p. 1311.

Année 1901 ; p. 184-238, 429-479, 633-681, 1131-1175.

Année 1903 ; p. 1070-1265.

Année 1906 ; p. 396.

Année 1907 ; p. 773-823.

Capdenat. — *De la liberté individuelle dans l'antiquité et de quelques restrictions à ce principe en Droit privé romain* (Thèse, Montpellier 1893).

Caqueray (de). — *De l'inviolabilité du domicile* (Thèse, Rennes 1902).

Chassaigne. — *Des lettres de cachet sous l'ancien Régime* (Thèse, Paris 1903).

CHAUVEAU & HÉLIE. — *Théorie du Code pénal*, 6e édition 1888-1908 (Tome III).

CUNÉO. — *De l'arrestation et de la sanction des arrestations arbitraires* (Thèse, Paris 1902).

DALBY. — *Réponse à l'enquête sur les garanties de la liberté individuelle en Angleterre* (Revue pénitentiaire de 1901, p. 240).

DUGUIT & MONNIER. — *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*. 3e édit. 1915.

DUVOIZIN-MAZORIE. — *La liberté individuelle dans le procès pénal* (Thèse, Montpellier 1902).

ESMEIN. — *Éléments de Droit constitutionnel*, 7e édit. 1921.

Histoire de la procédure criminelle en France du XIIIe siècle à nos jours. 1882.

FAUSTIN HÉLIE. — *Traité de l'instruction criminelle*. 2e édition, 1867 (Tomes III et IV).

FISCHEL. — *La Constitution d'Angleterre* (Traduction Vogel) 1864.

FRANQUEVILLE (Comte DE). — *Le système judiciaire de la Grande Bretagne*. 1893.

Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre. 1864.

FUNCK-BRENTANO. — *Les lettres de cachet en blanc*. 1895.

FUSTEL DE COULANGES. — *La Cité antique*. 9e édit. 1881.

GARRAUD. — *Précis de Droit criminel*. 1922.

Traité théorique et pratique du Droit pénal français. 3e édition, 1913.

Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale. 1907-09.

GÉLY. — *La détention préventive* (Thèse Montpellier, 1910.

GLASSON. — *Histoire du Droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*. 1883 (Tome VI).

Étude historique sur la clameur de haro. 1882.

GUILLOT. — *Des principes du nouveau code d'instruction criminelle.* 1884.

JOUSSE. — *Traité de la justice criminelle en France.* 1771 (Tomes II et III).

JUSTIN. — *La liberté individuelle et la police des mœurs* (Thèse, Dijon 1894).

KENNY. — *Esquisse du Droit criminel anglais* (Traduction Paulian) 1921.

LABAND. — *Le Droit public de l'Empire allemand.* 1900-1904.

LE POITTEVIN. — *Dictionnaire formulaire des Parquets et de la Police judiciaire.* 5e édition, 1916.

LE SCIELLOUR. — *La liberté individuelle sous le Consulat et l'Empire* (Thèse, Paris 1911).

LISZT (Von). — *Traité de Droit pénal allemand* (Traduction Lobstein) 1911.

MANGIN. — *De l'instruction écrite et du règlement de la compétence en matière criminelle.* 1847.

MICHELET. — *Histoire de la Révolution française.* 1889.

MITTERMAIER. — *Réponse à l'enquête sur les garanties de la liberté individuelle en Allemagne* (Revue pénitentiaire de 1901, p. 281).

Traité de la procédure criminelle en Angleterre, Écosse, Amérique du Nord. 1868.

MONTACNE. — *Garanties de la liberté individuelle et projet sénatorial du 2 mars 1909* (Thèse Montpellier 1913).

MONTESQUIEU. — *L'Esprit des lois.* Londres 1768.

NORMAND. — *Traité élémentaire de Droit criminel.* Paris 1896.

PETIT. — *Les Préfets et le Code d'instruction criminelle* (Thèse Paris 1903).

PICOT. — *Les garanties de nos libertés* (Revue des Deux Mondes du 15 juillet 1903).

ROSENFELD. — *Réponse à l'enquête sur les garanties de la liberté individuelle en Allemagne* (Revue pénitentiaire de 1901, p. 281).

ROSSI. — *Cours de Droit constitutionnel.* 1872.

Traité de Droit pénal. 1872.

TAINE. — *Les Origines de la France contemporaine.*

VIDAL. — *Cours de Droit criminel.* 6e édition. 1921.

INTRODUCTION

L'inviolabilité, par sa simple acception grammaticale, évoque, dans la langue courante, l'idée d'un acte négatif. Il en est de même dans le langage juridique, où elle consiste en la défense de porter atteinte à la liberté humaine, défense qui vise à la fois l'autorité et les particuliers et qui se résout en la reconnaissance de deux libertés : liberté de la personne physique, liberté du domicile. Notre droit intermédiaire les qualifiait du terme expressif de « sûreté » voulant montrer par là que ces droits étaient avant tout des garanties de l'individu contre l'Etat. Cette conception trop étroite négligeait, ainsi que nous le verrons plus loin, tout un côté du problème. C'est sans doute l'Etat qui menace le plus l'indépendance de l'individu. Sa mission sociale lui commande de limiter la liberté humaine et sa tendance sera trop souvent de s'immiscer dans les affaires privées. Il a, sans discussion possible, le droit d'arrêter ceux que des présomptions graves lui font croire coupables, le droit d'incarcérer et de retenir en captivité ces individus pendant le temps nécessaire à la justice pour rechercher les preuves de leur délit ou de leur crime. Il a encore le droit de pénétrer dans le domicile des prévenus soit pour les y appréhender, soit pour y saisir toute pièce jugée utile à la découverte de la vérité. Chacune de

ces mesures est dictée par la nécessité d'une défense collective contre l'infraction. Vouloir les supprimer, ce serait saper les fondements même de l'Etat qui ne saurait exister en l'absence de sa clef de voûte : le principe d'autorité.

Les droits si incontestables de l'Etat seraient bien souvent redoutables pour l'individu, si celui-ci ne pouvait invoquer en sa faveur de sérieuses garanties.

Toutes les législations, soucieuses d'éviter l'arbitraire et l'injustice, ont pris soin de poser des règles pour indiquer les autorités ayant le pouvoir de porter atteinte à l'inviolabilité et de spécifier les cas dans lesquels elles auraient ce pouvoir. Naturellement ces législations ont été plus ou moins favorables à la liberté individuelle selon les époques qui les ont vues naître. La partie historique de notre travail nous permettra de suivre l'évolution suggestive de la notion d'inviolabilité. A peu près inconnue à l'origine des civilisations, elle s'est développée peu à peu avec les progrès du droit. Ultime aspiration de l'âme populaire durant le Moyen-Age et l'Ancien Régime, elle était inexorablement bâillonnée par les monarques comme une dangereuse velléité d'indépendance. La philosophie du XVIII^e^ siècle s'attacha à la vulgariser. Les Encyclopédistes, et spécialement Montesquieu, lui firent acquérir définitivement droit de cité dans notre législation, après l'avoir découverte florissante depuis des siècles en Angleterre.

Désormais le principe faisait partie intégrante de notre droit public. De ce que cette branche de notre législation a pour objet les relations du citoyen avec l'Etat, il ne faudrait pas conclure que

le problème de l'inviolabilité humaine se dresse uniquement en face des droits de l'autorité légitime. Ce serait méconnaître le rôle important que notre principe peut jouer dans les rapports des particuliers entre eux. Les séquestrations arbitraires, les demandes d'interdiction sous prétexte de folie sont des actes par lesquels la liberté de nos semblables peut être gravement compromise. Aussi des règles protectrices s'imposent-elles en faveur de ceux qui risquent d'être les victimes de tels abus.

Le principe de l'inviolabilité humaine soulève donc de multiples problèmes, dont l'importance ne saurait échapper à personne. Il touche à toutes les branches de notre droit et tout particulièrement à notre droit pénal, lequel pose avec un relief saisissant l'antagonisme entre les prérogatives de l'Etat et les libertés de l'individu. Un intérêt de tout premier ordre nous amènera à préciser notre principe, à en déterminer les limites exactes, à rechercher enfin les garanties données par la loi pour la sauvegarde des libertés. Le témoignage de l'histoire nous permettra d'apprécier les indéniables progrès de l'idée de liberté, en nous montrant les diverses conquêtes réalisées par l'individu sur la société. Il ne devra pas cependant nous faire perdre de vue les réformes urgentes qu'attend de nous l'avenir. Ne contemplons donc pas avec une orgueilleuse et passive satisfaction les étapes parcourues en nous croyant parvenus au terme définitif. Certes, au milieu du XX^{e} siècle, le respect de la personne humaine en elle-même et dans son domicile est mieux assuré que jadis, il ne l'est pas cependant aussi bien qu'il devrait l'être. Notre pays qui autre-

fois entraînait les autres dans la voie de la liberté, a ralenti son élan si bien que nous nous sommes laissés distancer par les nations étrangères. Nos textes constitutionnels proclament avec pompe les principes de la liberté individuelle. Ils sont impuissants à en assurer l'exécution, par suite du conflit éternel et regrettable qui existe entre la théorie et la pratique. Qu'un acte attentatoire à notre liberté soit commis, il semble, à parcourir nos dispositions législatives, qu'un formidable arsenal de pénalités soit prêt à frapper le fonctionnaire qui aurait exercé abusivement son pouvoir. Mais, en réalité, le particulier, lésé dans ses droits les plus chers, qui tentera de déclancher le mécanisme des sanctions se trouvera bientôt arrêté par d'inextricables complications de forme et, découragé, il laissera trop souvent le coupable impuni. Ces organismes rouillés qui réclament la simplification de leurs rouages, sont malheureusement trop nombreux. La prise à partie n'en est-il pas un exemple frappant ? Notre Code pénal, œuvre de l'époque impériale, a consacré des idées d'absolutisme, disons même, de despotisme de l'Etat sur les fonctionnaires. Aussi, frappe-t-il ceux-ci lorsqu'ils ont violé la liberté individuelle d'un citoyen et, que les circonstances d'un tel arbitraire ne rentraient pas dans les vues du pouvoir, de peines si excessives et si disproportionnées qu'on peut affirmer sans crainte qu'il n'y aurait pas un seul Tribunal à oser les appliquer aux délinquants. Ces considérations nous font toucher du doigt les points faibles de notre législation qui, vieillie et périmée dans plusieurs de ses dispositions, nécessite un travail de mise à jour. Il nous a

donc semblé qu'une étude de droit comparé pourrait être de quelque profit pour la réalisation des réformes que nous souhaitons ardemment. C'est ce but et cette espérance qui nous a incité à l'entreprendre. Les avantages des progrès accomplis à l'étranger ne sont-ils pas pour notre législateur le plus salutaire encouragement pour les instaurer chez nous? Qu'il prenne garde cependant de copier servilement tout ce qu'il rencontrera chez les autres peuples. La fâcheuse « anglomanie » du XVIII[e] siècle doit être pour lui une fructueuse leçon. Notre droit pénal, malgré ses imperfections, est un édifice aux lignes harmonieuses qu'il ne saurait être question de mettre à bas, il demande seulement à être transformé avec prudence.

PREMIÈRE PARTIE

La question de l'inviolabilité de la personne et du domicile en droit français.

TITRE PREMIER

Historique.

CHAPITRE PREMIER

Droit Romain.

Les textes relatifs à la liberté individuelle du citoyen romain sont très rares. Aussi, sommes-nous mal renseignés à ce sujet. Une seule disposition est à retenir, c'est la Loi 1 au Code sous le titre « *De privatis carceribus* ». Par elle, nous apprenons que les arrestations et séquestrations arbitraires étaient considérées comme des faits délictueux passibles d'une pénalité qui semble avoir été la même que le coupable fut un magistrat ou un simple particulier.

L'inviolabilité du domicile mérite, au contraire, de nous retenir plus longtemps. Si nous voulons suivre les vicissitudes de ce principe à travers l'histoire romaine, il faut, pour un moment, faire abstraction de nos idées modernes et nous replacer, avec Fustel de Coulanges pour guide [1], aux temps de la vieille Rome où la religion et le droit ne sont pas encore différenciés. A cette antique époque, l'omnipotence de l'Etat triomphe. Si le législateur semble

(1) Fustel de Coulanges : La cité antique.

montrer quelque préoccupation à l'endroit du domicile, ce n'est pas qu'il songe à assurer la liberté de la personne dont il ne se soucie guère, mais c'est qu'il estime que le domicile est une « *res sacra* », dont il faut à tout prix détourner la moindre souillure par respect pour les divinités qui l'habitent. La maison est alors une sorte de petit temple en miniature où résident les Dieux Lares et ces derniers, quoique n'ayant pas l'auguste majesté des grands protecteurs de la cité, sont tout aussi chers au citoyen car, par leur contact permanent, ils semblent présider avec intérêt aux plus humbles besognes journalières. Ce n'est donc pas une simple figure de style d'affirmer que la « *domus* », siège de la famille, est avant tout le domaine des Dieux. Pénétrer avec violence dans ce sanctuaire, c'est se rendre coupable à leur égard d'un horrible sacrilège et s'exposer à leur courroux.

Peu à peu les croyances des Romains s'effritent sous l'influence d'une sorte de laïcisme qui mine sourdement les assises des institutions primitives. Le domicile devient bientôt la simple habitation d'un citoyen où celui-ci, il est vrai, à le droit de vivre dans une parfaite tranquillité. S'il y est troublé par quelque importun, il est victime, non plus comme jadis d'un sacrilège, mais bien d'un délit d'injure. L'agresseur tombe sous le coup de la « lex Cornelia de injuriis » au même titre que celui qui se serait attaqué à la personne même du citoyen.

Les dispositions de cette loi protectrice, rendue sous la dictature de Sylla, sont très larges. Ce n'est pas seulement celui qui habite la maison en qualité de propriétaire qui peut les invoquer. Le simple

locataire, l'hôte même se prétendront à bon droit couverts par elle. La violation d'un jardin attenant à une maison habitée [1] est une hypothèse qui rentre dans les prévisions de son texte. La « domus », dont l'inviolabilité était, comme nous venons de le voir, bien assurée, écartait les rigueurs de la « vocatio in jus » de la tête de ceux qui s'abritaient sous son toit.

Les jusrisconsultes Paul [2] et Gaius [3] sont affirmatifs à cet égard et Cicéron, célébrant avec enthousiasme la sainteté de la maison, soutient la même doctrine dans son célèbre ouvrage « *Pro Domo* ».

Les Romains étaient cependant gens trop réalistes pour méconaître la nécessité parfois manifeste de perquisitions domiciliaires. Certain passage de la loi des XII tables autorise formellement la recherche d'un objet volé. Ce ne devait pas être là une hypothèse isolée car, la liste des fonctionnaires préposés au service de la police, est d'une longueur respectable et nous laisse supposer l'importance de leurs attributions respectives.

---

(1) Institutes, Livre IV, De In juriis et famosis libellis, Loi V, §§ 2 et 3.

(2) Paul, Digeste, Livre II, Titre IV, De in jus provocando, Loi 21.

(3) Gaius, Loi 18, Principium de eodem.

CHAPITRE DEUX

Ancien Droit français.

La liberté individuelle n'a pas été complètement inconnue de notre ancien droit, elle y a existé tout au moins à l'état de principe. Voilà une vérité historique qu'il est toujours nécessaire de rappeler, car elle est encore trop souvent mise en doute. Presque tous les historiens qui ont étudié l'ancien Régime ont insisté sur ses abus et en sont arrivés à nous faire croire qu'ils constituaient la règle normale. Ce serait une grosse erreur de prendre leurs affirmations à la lettre car elles ne sont pas fondées. Les uns, contemporains de ces abus, les ont volontairement grossis dans le but très méritoire de les faire disparaître [1]; les autres se sont laissés entraîner par une méthode scientifique rudimentaire, parce que ne se fondant pas sur les sources [2]. Certes le droit vécu nous révèle d'odieux abus qui, à force même de s'accumuler, aboutiront à la chute du régime. Mais, à côté de ces abus, il y eut un droit théorique où la liberté individuelle fut reconnue et même sanctionnée. On peut s'étonner de la voir ainsi reléguée dans le domaine spéculatif et ne pénétrant pas la pratique. Cela est dû, croyons-nous, à la forme même du Gouvernement. Un régime monarchique est, par sa nature même, le terrain le

(1) Malherbes, Mirabeau.
(2) Michelet, Rambaud, Duruy.

plus défavorable à l'épanouissement complet de la liberté individuelle, mais celle-ci, besoin primordial de l'homme, est une plante vivace qui végète envers et contre tout. L'historique de l'inviolabilité de la personne et du domicile ne doit donc pas être examiné superficiellement. Il se dédouble naturellement de lui-même en droit pratique et droit théorique. Ce que furent les principes, ce que furent les institutions, tel est l'objet de notre étude.

L'inviolabilité de la personne est consacrée par toute cette longue suite d'ordonnances qui s'échelonnent de Louis VIII à Louis XIV [1]. Ces ordonnances, à l'origine, se contentent de régler modestement un petit point de détail, mais elles acquièrent bientôt l'allure imposante d'une vaste codification. C'est le cas de la plus typique d'entre elles : celle de 1670 sur la procédure criminelle qui, avec un luxe de détails vraiment surprenant pour l'époque, traite de l'arrestation provisoire et de la détention préventive.

L'arrestation ne peut, en principe, avoir lieu qu'en vertu d'un acte du juge appelé décret et qui est l'ancêtre direct du mandat actuel. Il n'en est autrement que dans l'hypothèse de flagrant délit.

Il y a trois sortes de décrets :

1° Le décret d'assigné pour être ouï ;

2° Le décret d'ajournement personnel ;

3° Le décret de prise de corps.

Le premier, création originale de l'ordonnance de 1670, n'est utilisé qu'en cas d'infraction très légère ou encore insuffisamment fondée. — Pour que

(1) Esmein. Histoire de la procédure criminelle en France.

le second intervienne il nous faut supposer des causes plus sérieuses. C'est pourquoi, dès l'origine, il est entouré de certaines formalités. Il entraîne à sa suite une véritable peine infamante : l'interdiction, qui rendra impossible l'exercice de toute fonction publique et du ministère ecclésiastique. — Le décret de prise de corps est plus grave encore car la détention préventive se substitue alors presque fatalement à l'arrestation provisoire. Tous ces décrets sont convertissables entre eux. Le juge qui s'est contenté du décret d'assigné pour être ouï se verra, malgré lui, obligé de le transformer en décret d'ajournement personnel, parfois même en décret de prise de corps si le prévenu reste sourd à ses appels successifs. Selon que l'inculpé est noble ou roturier, le juge peut décerner un décret plus ou moins déshonorant. La liberté provisoire (ou élargissement) est accordée ou refusée suivant le décret qui est lancé. Celui de prise de corps l'exclut dans presque tous les cas. Au contraire, elle n'est pas incompatible avec les autres décrets. Mais elle n'a jamais lieu de plein droit. L'accusé doit la solliciter dans une requête précise et le juge l'accorder par un acte formel. La caution est déjà une modalité prévue, mais nous avons l'impression très nette que le législateur s'en défie car il en limite le plus possible l'emploi.

L'ordonnance de 1670 frappe également d'une peine sévère les séquestrations et emprisonnements arbitraires. Elle nous apparaît donc conçue dans un esprit libéral qu'il ne faut pas cependant exagérer. N'oublions pas, en effet, que la situation du prévenu est précaire. Il est seul, à la merci du juge

qui lui impose le serment de dire toute la vérité, qui multiplie indéfiniment les interrogatoires afin de prolonger la détention préventive, que peut aggraver encore la mise au secret.

Toutes ces mesures sont pourtant des applications de la loi et non de ces abus qui furent si odieusement pratiqués à cette époque. Telle la lettre de cachet qui sert à la fois pour l'arrestation et la détention ; avec elle point n'est besoin de formes légales, puisqu'elle est la négation même de la loi. Elle intervient sans motif, celui qu'elle frappe ayant eu souvent le seul tort de déplaire à un personnage puissant. Parfois même, la mystérieuse « raison d'état » exigeant la disparition de la société d'un homme gênant est seule à la motiver. Il est démontré que cette lettre de cachet fut une arme aux mains des rois, des ministres, des fonctionnaires ; mais son trafic par les simples particuliers est davantage discuté. M. Funck-Brentano, s'appuyant sur des documents positifs par excellence · les Archives de la Bastille, a établi que l'arrestation et la détention n'eurent pas toujours le caractère vénal qu'on avait bien voulu leur attribuer [1].

Une autre source d'abus provient des arrestations opérées par des agents administratifs tels les intendants ou les prévôts alors que l'Ordonnance réservait ce droit au Juge.

Etudions maintenat l'inviolabilité du domicile. Elle est consacrée dans des sources assez disparates. Les Ordonnances royales sont peu explicites sur cette matière. Même celle de 1670 n'y fait allusion

(1) Les lettres de cachet en blanc. Paris 1895.

qu'à propos de la personne, en distinguant les gens sans aveu et les domiciliés. Ces derniers bénéficient d'une sorte de faveur : ils sont généralement à l'abri du décret de prise de corps. Les coutumes admettent pour la plupart le principe d'inviolabilité. Certaines présentent néanmoins des règles dissemblables parfois radicalement contradictoires. Au milieu de ce chaos, les Parlements s'efforcent d'unifier la jurisprudence dans le sens libéral au moyen des arrêts de règlements. La notion abstraite d'inviolabilité n'est pas davantage élucidée. Nos anciens auteurs suivent trop dévotement les traces de leurs devanciers : les jurisconsultes romains. L'atteinte au domicile ne leur apparaît pas encore comme un délit spécifique. Ils continuent par routine à l'englober dans la large classification des injures. Jousse nous le dit presque textuellement [1]. Le droit de perquisition domiciliaire reste également comme en droit romain un ultime expédient entouré des conditions les plus rigoureuses et limité au domicile du prévenu. La technique juridique de nos vieux auteurs, ailleurs si féconde, ne laisse pas cependant de s'exercer quelque peu dans notre matière. Elle leur fait entrevoir une distinction qui s'accentuera peu à peu avec les progrès du droit : celle des lieux privés et des lieux publics. Voilà, à proprement parler, la seule innovation intéressante à l'actif de notre ancien droit.

Une telle insuffisance de protection légale nous permet d'imaginer facilement ce que fut, en fait,

(1) Jousse. Traité de la justice criminelle en France. Tome III. P. 596. Paris 1771.

le respect du domicile. Au Moyen-Age, déjà précaire en temps de paix, il est méconnu en temps de guerre, ce qui signifie presque constamment dans ces époques troublées. Les troupes en campagne se livrent sans cesse à des pillages auxquels les rois mettent difficilement un frein par leurs remontrances continuelles. Plus tard, une prétendue répression du braconnage amène les gardes-chasse à pénétrer dans les domiciles privés sous n'importe quel prétexte. Enfin les perquisitions des agents du fisc sont souvent aussi l'occasion d'abus.

Ces violations de domicile jointes à celles de la liberté physique de la personne deviennent intolérables au peuple. Lassé de souffrir en silence, celui-ci demande aux philosophes (à l'avant-garde desquels sont Montesquieu et Voltaire) d'appuyer par leurs savants systèmes rationnels ses légitimes protestations. Cette tâche ne fut pas difficile à ces derniers. Ils n'eurent qu'à mettre en contraste la législation anglaise avec la nôtre, pour qu'aussitôt éclatât à tous les yeux la nécessité d'une profonde réforme. Mais, devant la difficulté de réaliser un tel programme, il parût plus simple d'apporter un bouleversement complet à la législation en vigueur. C'est donc à une rupture avec la tradition qu'aboutirent les efforts combinés de toutes les classes sociales fraternellement unies dans la lutte contre le despotisme. Les Cahiers de doléances des Etats Généraux sont un document bien significatif à consulter. Emanant des trois ordres également unanimes pour revendiquer des garanties à leur liberté, ils sont le miroir qui reflète fidèlement l'état d'âme de la nation tout entière.

CHAPITRE TROIS

Droit intermédiaire.

Jamais aucune autre époque que celle de la Révolution ne vit s'accumuler un nombre aussi considérable de documents relatifs à l'inviolabilité de la personne et à celle du domicile. En effet, ces grands principes, faisant alors leur entrée définitive dans notre législation, apparaissent aux diverses assemblées qui se succèdent comme de précieuses conquêtes des temps nouveaux qu'il faut à jamais graver dans la mémoire humaine. Malheureusement ces principes restent encore cantonnés dans le domaine théorique et n'empêchent pas les abus de triompher dans la pratique. Ces abus, comparables à ceux de l'Ancien Régime et par leur nombre et par leur monstruosité, semblent peut-être plus odieux encore. Ceux d'hier étaient, si l'on peut s'exprimer ainsi, extra-légaux, s'étalant impunis sans doute, mais non favorisés par la loi. Ceux de notre époque sont, au contraire, l'application même de la loi, d'une certaine catégorie de lois, ajouterons-nous, pour mieux préciser.

Il existe, en effet, deux groupes nettement distincts de lois. Le premier renferme celles qui, nées des besoins d'un moment donné, et éphémères par leur nature, constituent, ce que nous appellerons, la législation d'exception. L'autre branche, qui comprend les textes constitutionnels, présente une

curieuse idée de suite. Les mêmes dispositions y reviennent sans cesse, parfois textuellement, très souvent avec d'imperceptibles différences de formes. Deux législations, qui se côtoyent, s'offrent donc à notre étude : une législation de droit commun, une législation de circonstance. Toutes deux sont presque aussi touffues l'une que l'autre, témoignant ainsi à un égal degré de la manie phraséologique des rhéteurs révolutionnaires. La première semble, à priori, la seule qui rentre dans le domaine juridique. la seconde relevant plutôt de l'histoire politique proprement dite. Si toutefois nous nous arrêtons à cette dernière, c'est que son existence illustre à merveille cette remarque de notre préface où nous disions que la pompeuse proclamation d'un principe est par elle seule impuissante à en réaliser l'application pratique. Un autre caractère très saillant de la période intermédiaire qu'il nous paraît indispensable de mettre en vedette au seuil de son étude, c'est l'influence considérable que la législation reçoit du droit anglais ; elle en est comme saturée. Les réformateurs, partageant avec Montesquieu un enthousiasme immodéré pour tout ce qui vient d'Outre-Manche, poussent trop loin l'imitation. Ne vont-ils pas jusqu'à supprimer momentanément la précieuse institution du ministère public ? L'acclimatation difficile de changements aussi audacieux leur fait bientôt voir qu'il est singulièrement téméraire de multiplier à l'excès de tels emprunts.

L'inviolabilité de la personne, mentionnée dans les déclarations des droits, préambules des constitutions de 1791 et de 1793, ne reçoit une première application précise que dans la constitution des

3-14 Septembre 1791 [1]. Celle-ci l'étudie au Chapitre V du Titre III sous la rubrique du « Pouvoir Judiciaire ». L'article 10 commence par distinguer nettement l'arrestation et la détention. Il nous indique les cas d'arrestation, laquelle n'est pas à la merci du premier venu. Nous apprenons, en effet, par l'article 16 que ce redoutable pouvoir n'est confié qu'à des fonctionnaires présentant les plus sérieuses garanties. La suite normale de toute arrestation c'est la conduite devant l'officier de police, c'est-à-dire le juge de paix. Le flagrant délit et le délit non flagrant sont naturellement différenciés. Le Code du 3 Brumaire an IV dans son article 63 prévoit aussi des cas qu'il assimile au flagrant délit. Le mandat de comparution existe déjà, mais il ne correspond pas à la fonction que nous lui attribuons aujourd'hui. Seul, le mandat d'amener est pratiquement utilisé. L'inculpé doit être interrogé dans le plus bref délai possible, nous dit l'article 11 de la constitution de 1791.

La détention préventive et la liberté provisoire ont été soumises à toutes sortes de vicissitudes, comme c'est, du reste, le cas de toutes les institutions dans une époque aussi mouvementée. Continuant les errements de l'Ordonnance de 1670, un décret des 8-9 Août 1789 abroge l'emprisonnement préalable à l'égard des domiciliés. La Constitution de 1791, dans son article 12, interdit la détention du prévenu qui fournit caution dans les cas où celle-ci est exigée. Ces cas sont déterminés par la loi

(1) Pour les différents textes constitutionnels, consulter Duguit et Monnier : Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789.

des 16-29 Septembre 1791 qui distingue, ce qui est fort équitable, les crimes et les délits, en même temps qu'elle établit pour la première fois chez nous, à l'instar de la législation anglaise, la règle de la liberté provisoire sans aucune condition en matière correctionnelle.

Lorsqu'il s'agit, en effet, d'un acte punissable d'une peine d'amende ou d'emprisonnement, le juge ne peut jamais lancer un mandat d'arrêt. Il y est, au contraire, obligé quand l'infraction suppose une peine afflictive. Le champ d'application de la mise en liberté provisoire sous caution se restreint donc au cas d'une peine infamante. Mais cette réglementation libérale ne va pas durer. Le Directoire, par la Constitution du 5 Fructidor an III, rétablit la caution en matière de délits comme de crimes, il va même jusqu'à la fixer invariablement à la somme de 3.000 fr. Nous retrouvons les mêmes dispositions dans le Code du 3 Brumaire an IV.

L'inviolabilité du domicile est réglementée par quelques rares textes constitutionnels. Nous trouvons, en effet, plutôt sur ce point des dispositions éparses dans diverses lois spéciales. Celles, par exemple, qui organisent la gendarmerie sont amenées à limiter nettement les pouvoirs des officiers et subordonnés de ce nouveau corps. Elles s'attachent à préciser la distinction, déjà entrevue dans notre ancien droit, entre les lieux publics et les lieux privés pour en faire découler l'accès plus ou moins large de l'autorité. Les déclarations des droits sont muettes sur le principe de l'inviolabilité du domicile, mais il y est intrinsèquement compris et, par suite, protégé sous la vague étiquette

de « sûreté ». Avant d'arriver au premier texte vraiment fondamental, reconnaissons que la Constitution de 1791, dans l'article 9 du Titre IV, fait une allusion directe à l'inviolabilité du domicile. Mais le véritable siège de notre matière, c'est l'article 359 de la Constitution du 5 Fructidor de l'an III. Ce texte est si clair dans l'énoncé du principe et de ses applications en temps de nuit et de jour, qu'il nous suffit de le transcrire purement et simplement :

« La maison de chaque citoyen est un asile inviolable : pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation, ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison.

« Pendant le jour, on peut y exécuter les ordres des autorités constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi, et pour la personne ou l'objet expressément désigné dans l'acte qui ordonne la visite. »

Après avoir ainsi parcouru cette législation toute de façade, voyons quelle a été l'attitude réelle des différentes assemblées révolutionnaires vis-à-vis des principes. La Constituante a eu le grand mérite de demeurer toujours fidèle au programme initial de respect des libertés qu'elle s'était tracée. Nous ne pouvons décerner le même éloge à la Législative. La défense de la patrie en danger lui est un prétexte commode pour décréter les mesures les plus cyniques. Des armes, des munitions de guerre sont nécessaires pour sauvegarder l'intégrité du territoire. Or l'Assemblée suppose qu'il y en a de cachées partout et, dans le but de les saisir, elle donne les pouvoirs les plus étendus à des fonctionnaires administratifs. Encore ces derniers ne sont-

ils pas seuls à en profiter ; les pires malfaiteurs exploitent le désarroi général, grâce à des identités simulées ou des titres imaginaires. Dès lors, les citoyens ne savent plus à quel parti s'arrêter quand quelqu'un viole leur domicile. Doivent-ils se soumettre par patriotisme respectueux ou, au contraire, résister? C'est pour les éclairer sur leurs véritables devoirs nationaux qu'est rendu en date des 15 et 16 Septembre 1792 un important décret. Désormais les fonctionnaires compétents devront prouver leur véritable qualité par un pouvoir régulier. D'autre part, la peine de mort frappera à juste titre les profiteurs du malheur public, mais elle atteindra trop facilement les émigrés et les prêtres qui ont refusé le serment à la Constitution Civile du Clergé.

Avec la Convention, les abus atteignent à leur paroxysme. Ce gouvernement a la responsabilité de deux mesures également odieuses : la création du Tribunal révolutionnaire, le vote de la loi des Suspects. Le Tribunal révolutionnaire est une atteinte grave à la liberté individuelle, puisque c'est une juridiction extraordinaire. Organisé déjà par la loi du 10 Mars 1793 sur une base très simpliste, n'étant composé que de jurés dévoués au pouvoir qui les nommait, il vit ses débats supprimés par une loi de Prairial an II et alors l'arbitraire le plus complet règne en maître. C'est la belle époque de la peine de mort, qui est, du reste, la seule applicable dans tous les cas. — La loi des Suspects de Septembre 1793 permet l'arrestation et la détention à titre perpétuel de tous ceux qui ne semblent pas assez favorables aux idées nouvelles. Les personnes sympathiques à l'ancien Régime sont de plein droit ran-

gées par elle dans la catégorie des suspects et cela en vertu d'une simple présomption.

Enfin intervient le gouvernement du Directoire qui, n'assurant pas davantage la protection de la liberté individuelle, clôt définitivement le cycle du droit intermédiaire.

CHAPITRE QUATRE

Législation impériale et Droit moderne.

La grande expérience révolutionnaire, ayant largement démontré la complète inanité de la simple proclamation des principes abstraits, a été une fructueuse leçon pour le législateur moderne. Celui-ci trouvant à juste titre qu'il est vain de répéter les principes désormais indiscutés du droit public nouveau s'attache à leur mise en œuvre. Pour parvenir utilement à ce but, la méthode la plus logique consiste à appliquer des sanctions bien adéquates à la méconnaissance du principe qu'on veut faire respecter. C'est ce qu'a tenté le législateur, sans succès malheureusement, car, ainsi que nous le verrons plus loin, les sanctions données par lui sont illusoires. Par exemple, les conditions de la responsabilité des fonctionnaires publics viennent entraver en quelque sorte le recours qui, au premier abord, était largement ouvert contre eux. La tourmente révolutionnaire avait laissé derrière elle des semences d'anarchie contre lesquelles il apparaît nécessaire de réagir. Fortifier l'autorité, tel est, à notre époque, le secret dessein que le législateur s'efforce de réaliser en rendant presque irresponsables, en fait, les agents du pouvoir. D'autre part, le législateur impérial, sans méconnaître les empreintes indélébiles laissées par la Révolution dans notre droit, se rend enfin compte que son prédécesseur avait été

trop loin en faisant table rase de tout notre passé juridique. La vieille tradition française, condensée dans l'Ordonnance de 1670, lui semble présenter assez de mérite pour qu'on y revienne au moins partiellement. Aussi, dans l'œuvre d'harmonieuse conciliation qu'il entreprend, réserve-t-il, à côté des principes nouveaux, une place à quelques-unes des dispositions de cette ancienne Ordonnance.

L'inviolabilité de la personne paraît très bien protégée. Nous trouvons, en effet, à l'article 77, de la Constitution du 22 Frimaire an VIII, une innovation extrêmement précieuse en matière d'arrestation provisoire. Tout ordre d'arrestation doit être fortement motivé, telle est la règle qui s'impose au Juge. Elle lui donne à réfléchir mûrement sur les conséquences de sa décision. Le caractère libéral de la législation consulaire est démontré de nouveau par l'article 82 qui défend l'emploi de toutes rigueurs inutiles aussi bien pour les arrestations que pour les détentions.

L'étude de ces dernières nous fait cependant pénétrer le véritable esprit de notre époque. Depuis la Constitution de l'an VIII jusqu'à une loi de 1810, nous assistons à un mouvement d'oppression de plus en plus caractérisé. La Constitution de l'an VIII accorde dans certains cas aux ministres un droit de détention, mais elle les oblige à régulariser dans un délai de 10 jours la situation de ceux qu'ils ont arrêtés. S'ils négligent de se conformer à cette prescription, ils sont de plein droit coupables du crime de détention arbitraire. Leur responsabilité, proclamée à nouveau par l'article 72, n'est pas plus effective pour cela. N'est-elle pas, en effet,

subordonnée à une dénonciation du Tribunat elle-même suivie d'une délibération du Corps législatif? Elle sera, on s'en doute, rarement appliquée et n'aboutira en tout cas, qu'exceptionnellement, les membres du Tribunat, nommés par le Sénat, se gardant bien de critiquer un favori de l'Empereur. D'ailleurs, avec le Sénatus-Consulte organique du 15 Thermidor de l'an X, c'est le Sénat lui-même qui, sur l'initiative du Gouvernement, détermine par un sénatus-consulte la durée convenable de la détention des individus. En l'an XII, préoccupé de stabiliser sa situation, l'Empereur fait parade de libéralisme. Il institue une Commission sénatoriale gardienne de la liberté individuelle. A cette Commission s'adressent ceux qui ont été emprisonnés durant 10 jours sans que leur sort définitif ait été réglé. Elle peut sommer à diverses reprises le ministre qui a opéré l'arrestation de prendre un parti, l'inculper de détention arbitraire s'il reste inactif et le renvoyer en jugement devant la Haute-Cour. Les divers textes constitutionnels que nous venons de parcourir ne sont, en réalité, que des trompe l'œil, ils ne tardent pas à faire place à une loi franchement despotique : celle du 3 Mars 1810, en vertu de laquelle une simple décision du Conseil privé de l'Empereur suffit pour un emprisonnement d'un an. Cette décision est indéfiniment renouvelable et, par sa répétition même, aboutit à instaurer le règne de la détention illimitée. La détention préventive très fréquente est encore facilitée par l'introduction dans notre droit d'un nouvel acte permettant de constituer le prévenu en cet état. Nous voulons parler du mandat de dépôt qui, créé par

une loi du 7 Pluviôse an IX, présente le caractère curieux d'être donné non pas au juge, mais au ministère public, comme une mesure dilatoire ayant pour but de laisser au magistrat chargé de l'instruction le temps nécessaire pour statuer sur l'inculpation.

Les chartes de 1814 et de 1830 accentuent le contraste déjà si marqué entre la théorie et la pratique. Des lois, dites de sûreté générale, interviennent continuellement et suspendent les libertés les plus élémentaires. Des juridictions extraordinaires, telles les Cours prévôtales, sont créées et rendent une justice plus qu'expéditive. En un mot, toutes ces mesures font songer à celles qui triomphaient au sein des périodes les plus sombres de la Révolution. La ressemblance avec ces dernières est même si frappante que notre époque est connue dans l'histoire sous le nom de la « Terreur Blanche ». Les excès sont poussés si loin que les Constitutions de 1848 et de 1852 croient indispensable de proclamer à nouveau les principes. C'est, du reste, en vain car, lorsqu'on s'est aventuré sur le terrain glissant de l'illégalité, on s'y arrête difficilement et les abus appellent les abus. Des Commissions mixtes, suite logique des Cours prévôtales, exposent la liberté à la merci de fonctionnaires administratifs, en l'espèce des préfets. Les mêmes abus atteignent également le domicile des citoyens. Nous croyons donc inutile de les signaler ici. La Constitution du 22 Frimaire an VIII se borne, dans son article 76, à copier servilement celle de l'an III. Si, par elle-même, elle présente donc peu d'intérêt, nous ne devons pas oublier que, c'est sous son empire, que

s'élabore le Code pénal. Celui-ci, dans son article 184 que nous étudierons plus loin, apporte une sanction à l'inviolabilité du domicile. Il punit de l'amende les fonctionnaires qui pénètrent dans la demeure en dehors des cas légaux ou sans les formalités requises. Mais, pour intenter la poursuite contre ces fonctionnaires, il faut obtenir l'autorisation du Conseil d'Etat. C'est donc de nouveau à une sanction illusoire que nous nous heurtons ici. La loi de refonte générale du Code pénal en 1832 modifie l'article 184 en aggravant sa pénalité. Enfin, pour la dernière fois dans notre droit, la Constitution républicaine de 1848, dans son article 3, mentionne expressément l'inviolabilité de la demeure. Depuis ce texte, c'est un silence complet sur cette liberté, comme d'ailleurs sur celle de la personne de la part du législateur. Nous n'avons pas, du reste, à regretter ce silence qui équivaut à une ratification tacite, car nos principes, malgré quelques regrettables éclipses partielles, ont été dans l'ensemble convenablement respectés. Il est vrai que leur application s'est trouvée facilitée par un décret du Gouvernement de la Défense nationale du 19 Septembre 1870 qui, abrogeant l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, est venu définitivement lever l'obstacle s'opposant à la poursuite des fonctionnaires.

TITRE SECOND

Droit positif.

Nous étudierons successivement dans deux chapitres l'inviolabilité de la personne et celle du domicile.

CHAPITRE PREMIER

De l'inviolabilité de la personne.

Les nécessités sociales sont parfois si impérieuses qu'elles amènent le fléchissement des principes les plus intangibles. Ainsi celui de l'inviolabilité de la personne humaine doit se plier devant la nécessité de la répression et, en fin de compte, cet effacement du principe qui, à première vue, ne semble profiter qu'à l'intérêt social, protège également par contre coup les intérêts particuliers. Lorsqu'une atteinte vise un individu membre du corps social, elle ne tarde pas par suite de solidarité à se répercuter dans l'organisme entier et à amener de la part de ce dernier une réaction fatale. Mais cette mise en défense collective qui aboutit à la suspension des libertés est toujours un événement exceptionnel. Le législateur ne doit donc y recourir qu'en cas d'extrême besoin. En cette occurrence, deux mesures se présentent à lui : l'arrestation provisoire, la déten-

tion préventive. Toutes deux constituent des violations de la liberté individuelle. Intervenant, en effet, avant tout jugement, elles frappent un individu prévenu sans doute mais, qui n'en reste pas moins légalement innocent. C'est pourquoi la justice la plus stricte et la logique la plus élémentaire commanderaient de le traiter comme tel. Tout un ensemble de considérations, parmi lesquelles la crainte de la disparition des traces du crime, celle de la subornation des témoins ou de l'entente entre des co-prévenus, amène en pratique le renversement de la présomption et du prévenu fait un coupable. L'arrestation provisoire, la détention préventive violent donc la liberté individuelle, mais elles ne le font pas à un égal degré. Autrement dit, leur gravité est différente. La première est une privation essentiellement passagère de la liberté aboutissant à un interrogatoire qui très souvent sera une justification. La seconde, au contraire, entraîne une incarcération illimitée du prévenu. Ces deux mesures compromettent fâcheusement l'honneur et la réputation d'un individu. Bien qu'il soit théoriquement possible que les soupçons tombent à faux sur un très honnête homme, il ne faut pas moins reconnaître que dès lors que les portes de la prison se seront fermées sur lui, il sera assimilé par l'opinion publique à un malfaiteur. C'est précisément le danger de telles exagérations qui doit écarter le législateur de l'emploi de ces mesures. Lorsqu'il se trouve obligé d'y recourir, il doit proportionner les formalités de l'une ou de l'autre à son propre degré de gravité.

Ces remarques préliminaires étant posées, nous

étudierons dans deux sections l'arrestation provisoire et la détention préventive ; puis, dans une troisième section, nous passerons rapidement en revue les sanctions établies par la loi contre ceux qui violent la personne humaine en dehors des hypothèses et des formes prévues.

Section I

L'Arrestation provisoire

Il nous semble avoir suffisamment mis en lumière par les quelques généralités qui précèdent le caractère momentané de cette première mesure, aussi ne croyons-nous pas utile de nous expliquer davantage sur le sens de l'épithète « provisoire ». Il est par contre un autre qualificatif que nous voudrions pouvoir accoler dès le début à notre matière c'est celui de « judiciaire ». Il importe, en effet, au plus haut point de dissiper une erreur qui a trop souvent cours, celle d'après laquelle plusieurs autorités se partageraient le monopole de l'arrestation. Seule l'autorité judiciaire a légalement ce droit en tant que gardienne née de la liberté comme de la propriété des citoyens. Les droits dont se prétend investie l'autorité administrative sont sans fondement juridique. C'est un véritable abus de pouvoir qu'elle commet en les exerçant. En vain essaye-t-elle de les rattacher à l'article 120 du Code pénal qui permet aux gardiens, concierges des maisons de dépôt, d'arrêt, de justice, de peine, de recevoir un prisonnier sur un ordre provisoire du Gouvernement. Ce texte laisserait entendre, selon elle, qu'il

existe une arrestation administrative. Cet argument est dénué de valeur car le texte mis en avant a perdu, de nos jours, toute véritable signification. En corrélation étroite avec l'article 46 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII, qui accordait dans certains cas au Gouvernement le droit de lancer des mandats pour assurer la sûreté de l'Etat, le texte invoqué apparaît maintenant comme la conséquence incompréhensible d'une règle désormais abrogée. Ayant ainsi enlevé à l'autorité administrative toute possibilité d'asseoir ses prétentions sur le seul terrain réellement solide qui est la loi, nous devons reconnaître qu'elles trouvent une base dans les règlements. C'est, en effet, en vertu de simples règlements que, sous le couvert de réglementation de la prostitution, sont arrêtées chaque jour un grand nombre de femmes parfois innocentes [1]. Les règlements qui donnent mission à la Préfecture de police à Paris et aux autorités municipales dans les autres villes de veiller à la santé publique, aboutissent ainsi indirectement à la méconnaissance de la liberté individuelle de toute une classe sociale, voire même de plusieurs. Car ce n'est pas seulement à l'égard des femmes de mauvaise vie que l'administration s'arroge des droits, mais encore vis-à-vis des mendiants, des aliénés, des voyageurs sans passeport, des étrangers. Ces diverses arrestations, nettement contraires aux principes du droit public en général, annihilent tout spécialement les grandes règles de notre droit pénal. Ainsi la

(1) Sur les abus si nombreux en cette matière consulter : Yves Guillot : La préfecture de police ; La police des mœurs ; La prostitution ; La police et la loi.

création arbitraire d'un délit de prostitution, dont on chercherait vainement la qualification dans nos textes, est contraire à la règle « *Nullum crimen sine lege* ». L'axiome parallèle qui résulte de l'article 4 du Code pénal « *Nulla poena sine lege* » est également tenu en échec. Aucune loi ne prévoit l'emprisonnement comme sanction d'un règlement de police. Dans ces conditions, la seule peine applicable est celle prévue par l'article 475 (15°), c'est-à-dire une amende de 1 à 5 fr. Or, le plus léger manquement des filles soumises à leurs obligations entraîne immédiatement pour elles une privation de liberté. Illégalité manifeste, arbitraire indéniable, tels sont les traits caractéristiques de l'arrestation dite administrative.

Apanage de l'autorité judiciaire, le droit d'arrestation lui est ouvert plus ou moins largement en tenant compte de la plus ou moins grande nécessité sociale à laquelle il doit répondre. Il est un cas où l'arrestation doit être facilitée le plus possible sous peine d'aboutir à une fâcheuse impunité, c'est celui du flagrant délit. Au contraire, lorsque l'infraction n'est pas flagrante, la procédure n'a évidemment plus besoin d'être aussi sommairement menée et le principe de l'inviolabilité, non appliqué intégralement, est cependant relativement moins battu en brèche. Deux hypothèses sont donc à distinguer : celle du flagrant délit et celle du délit non flagrant.

§ 1. — *L'hypothèse exceptionnelle : Le flagrant délit*

Cette expression consacrée, quoique équivoque, ne doit pas nous induire en erreur et nous faire croire que l'hypothèse envisagée se réduit à un fait puni de peines correctionnelles. Elle était prévue dès l'Ordonnance de 1670 et fut reprise avec un relief saisissant par le Code du 3 Brumaire an IV.

Dans cette formule composée, comme souvent d'ailleurs dans le Code pénal, le terme délit, synonyme d'infraction, est pris dans un sens large. Abstraitement parlant, toutes les infractions sont donc susceptibles d'être flagrantes et peuvent être soumises à des règles spéciales en tant que flagrantes. Mais il est une catégorie d'infractions qui, par essence, sont très légères et pour lesquelles la nécessité sociale n'oblige pas de recourir à la mesure rigoureuse de l'arrestation, nous voulons parler des contraventions. Ces dernières ne peuvent donc jamais donner lieu à un mandat, leur constatation n'aboutissant le plus souvent qu'à la rédaction d'un procès-verbal. Aussi, dès le début, excluons-nous formellement les contraventions du cadre de notre étude qui embrasse les crimes et, depuis la loi du 20 Mai 1863, les délits.

Demandons-nous d'abord quand il y a flagrant délit. Il est essentiel d'en circonscrire nettement les hypothèses puisqu'alors l'atteinte à la liberté individuelle est plus profonde que dans l'hypothèse normale. L'article *41* du Code d'Instruction criminelle nous met en présence de 4 cas de flagrant délit : 2 cas de flagrant délit *proprement dit :* « Le délit

qui se commet actuellement et celui qui vient de se commettre », 2 cas *réputés* flagrant délit : « Celui où le prévenu est poursuivi par la clameur publique et celui où il est trouvé saisi d'effets, armes, instruments ou papiers faisant présumer qu'il est auteur ou complice pourvu que ce soit dans un temps voisin du délit. » Enfin, pour avoir le tableau complet des cas de flagrant délit, il nous faut ajouter l'hypothèse de la réquisition du chef de la maison où vient de se perpétrer un crime ou un délit, hypothèse formellement assimilée aux précédentes par les articles *46* et *49* du Code d'Instruction criminelle.

Tels sont les 5 cas qui constituent le flagrant délit. A qui la loi confie-t-elle alors le pouvoir d'arrestation? Nous savons déjà qu'elle se montre large à souhait sur ce point. Le Procureur de la République se voit conférer les plus importantes attributions par l'article 40 du Code d'Instruction criminelle, mais son initiative est subordonnée à la réunion de plusieurs circonstances. Les droits des officiers de police auxiliaires, juges de paix, officiers de gendarmerie, commissaires généraux de police, maires et adjoints sont déterminés par les articles 48, 49, 50. Enfin, l'article 16 (alinéa 4) accorde un pouvoir d'arrestation tout momentané, il est vrai, aux gardes-champêtres et forestiers. Ces humbles auxiliaires de la justice ne peuvent rien décider par eux-mêmes. L'individu qu'ils ont capturé doit être immédiatement conduit par leurs soins devant le maire ou le juge de paix. C'est encore une nécessité sociale, en l'espèce le respect de la propriété, qui a amené le Code à donner un pouvoir, sauf à le limiter, à ces gardes.

Mais la dérogation la plus grave au droit commun en matière de flagrant délit est assurément consacrée par l'article *106* du Code d'Instruction criminelle. De tout ce qui précède, il résulte que la loi n'accorde le droit d'arrestation qu'à des fonctionnaires, certes plus ou moins élevés dans la hiérarchie sociale, mais qui n'en sont pas moins des agents de l'Etat. L'article *106* ne se contente pas de résumer le système général en donnant ce droit d'arrestation à celui qui détient une parcelle d'autorité si minime soit-elle, il va plus loin et l'accorde « à toute personne ». Cette expression extensive à souhait, englobe le mineur comme la femme. D'autre part, le droit d'arrestation consacré par ce texte n'est pas une simple faculté pour ceux qui en sont investis, mais une véritable obligation. Cet article 106, curieux parce qu'il établit l'arrestation privée à l'exemple des pays anglo-saxons mérite de retenir notre attention à un autre point de vue encore. C'est, en effet, sur ce texte qu'a travaillé une jurisprudence qui, dans le but très louable d'assurer la répression sociale, n'en a pas moins indiscutablement outrepassé sa mission propre. Interprétant abusivement une des dispositions de notre article, elle a amené le législateur à consacrer le 20 Mai 1863 des pratiques néfastes à la liberté individuelle. Selon cette jurisprudence, l'article *106* doit être scindé en deux parties, la première se rapportant aux flagrants délits proprement dits, la seconde aux cas assimilés. Or, « in fine », le texte pose cette restriction que l'arrestation sans mandat et par toute personne, n'est possible que si l'infraction emporte peine afflictive et infamante. Cette

limitation ne s'applique qu'à la seconde partie de l'article 106, c'est-à-dire qu'aux cas des quasi-flagrants délits, et non aux cas des flagrants délits proprement dits pour lesquels le texte est général et vise par conséquent aussi bien les délits que les crimes. C'est d'un arrêt de la Cour de Cassation du 30 Mai 1823 [1] que nous extrayons cette jurisprudence nettement abusive et qui ne se soutient même pas sur le terrain purement grammatical. Quoiqu'il en soit, puisqu'aujourd'hui elle est devenue le « substratum » même de la loi, nous sommes obligés de nous incliner devant elle.

§ 2. — *L'hypothèse normale : Le délit non flagrant*

Ici la répression n'est plus comme dans l'hypothèse précédente le prix de la course. L'arrestation peut être entourée des formes désirables et confiée à des magistrats présentant toutes garanties d'indépendance. Pour opérer une arrestation, il faut un ordre du magistrat nommé mandat. Les mandats sont au nombre de 4, répartis en deux groupes : ceux qui mettent l'individu en état d'arrestation — ceux qui le constituent en état de détention préventive. Seul, le premier groupe nous retiendra ici, nous renvoyons l'étude du second à plus loin.

Deux mandats tendent à l'arrestation : le mandat de comparution, le mandat d'amener. Nous pourrions même à la rigueur exclure le premier puisqu'il n'est qu'une invitation à se rendre devant le magis-

(1) S. 1822-24-I-253.

trat, invitation pressante certes, mais à laquelle le prévenu n'est pas tenu d'obéir. Son intérêt bien compris le lui commande pourtant, s'il ne veut s'exposer à un mandat d'amener. Celui-ci, revêtu de la formule exécutoire, entraîne avec lui la force coercitive. Si donc le mandat de comparution et le mandat d'amener ont un but commun, savoir : la mise de l'inculpé en présence du juge pour que ce dernier procède à l'interrogatoire, leur effet est cependant différent. Le premier, comme son nom même l'indique, aboutit à une comparution pure et simple et à un interrogatoire immédiat, le second à une arrestation. Mais si l'arrestation est l'effet normal et direct du mandat d'amener, une courte incarcération peut parfois aussi en résulter. Elle ne saurait toutefois se prolonger au delà de 24 heures en vertu de la loi du 8 Décembre 1897 qui, par son article 2, est venu modifier dans un sens nettement favorable au prévenu la réglementation primitive de l'article 93 du Code d'Instruction Criminelle. Désormais la question du local où sera écroué l'inculpé (la maison d'arrêt au lieu du dépôt ou de la Chambre de sûreté), question à laquelle l'article 609 attachait une importance vraiment excessive, passe au second plan des préoccupations du législateur. Ce dernier s'attache surtout, dans la première partie de l'article 2, à déterminer avec la plus grande exactitude possible le moment précis et si essentiel comme point de départ du délai de 24 heures, de l'entrée de l'inculpé dans la maison de dépôt ou d'arrêt. Il en fait découler aussitôt les devoirs respectifs du gardien chef et du Procureur de la République. Pour le premier, la conduite d'office du pré-

venu devant le ministère public. Pour ce dernier, la nécessité de requérir du juge d'instruction, à son défaut du Président du Tribunal ou même d'un juge spécialement commis, un interrogatoire immédiat. En cas d'impossibilité absolue de l'obtenir, l'élargissement s'impose. Enfin le paragraphe 2 sanctionne cette obligation très stricte de l'interrogatoire dans les 24 heures. A cet effet, il rend le gardien-chef de la prison et subsidiairement le Procurer de la République pénalement responsables des faits de détention injustifiée. Il les déclare passibles des articles 119 et 120 du Code pénal, nonobstant les sanctions d'ordre disciplinaire et les actions en dommages-intérêts qu'ils peuvent logiquement s'attendre à encourir.

L'emploi au début de la procédure par le juge de d'un ou l'autre mandat (de comparution ou d'amener) n'est donc pas indifférent à la cause de la liberté individuelle. Le législateur a-t-il toujours été bien pénétré de l'importance de cette question pour le prévenu? Nous ne le pensons pas. L'article *91* du Code d'Instruction Criminelle faisait du mandat d'amener la règle générale; elle le rendait obligatoire au cas de crime ou même de délit lorsque le prévenu faisait défaut sur le mandat de comparution. Celui-ci était, par contre, d'un emploi fort rare considéré sans doute comme une véritable faveur. La loi du 14 Juillet 1865 est intervenue fort à propos pour donner l'option entre les deux mandats, même en matière criminelle. Enfin, l'article 131 du Code l'Instruction Criminelle dicte au juge une ligne de conduite précise en l'obligeant à débuter par un mandat de comparution toutes les fois que

le fait incriminé n'est passible que d'une simple peine d'amende.

Nous avons déjà fait allusion à l'autorité compétente pour délivrer les mandats. C'est, en principe, le juge d'instruction. Il est, en effet, désigné pour la répression sociale et il a besoin, pour la mener à bonne fin, d'avoir l'inculpé à sa disposition. Tous les textes du Code d'Instruction Criminelle sous entendent que c'est lui qui lance les mandats. Nous ne pourrions donc que nous réjouir de voir la liberté individuelle garantie par l'inamovibilité de ce juge, si un autre texte ne venait accorder des droits aux préfets des Départements et au Préfet de police de Paris. D'après l'article 10, en effet, ces agents administratifs jouissent des prérogatives du juge d'instruction ayant notamment la faculté de lancer des mandats pour les arrestations et les perquisitions. Ce qui est grave, c'est que les préfets ne rentrant pas, aux termes de l'article 9 du Code d'Instruction Criminelle dans la catégorie des officiers de police judiciaire, ne voient pas leurs pouvoirs tempérés par la surveillance hiérarchique du Procureur Général. Effrayé à juste titre de ces attributions exorbitantes, Faustin Hélie a prétendu de bonne foi qu'elles ne pouvaient rationnellement se soutenir que dans les hypothèses de flagrant délit où les lenteurs de la police pourraient parfois, ainsi que nous l'avons fait remarquer, être préjudiciables à la répression. Le raisonnement du savant auteur est infirmé par la jurisprudence qui ici [1] encore se montre peu favorable à la liberté individuelle.

(1) Arrêt Cass. Chambres réunies (5-1853-1-774).

Non satisfaite d'étendre dans tous les cas les pouvoirs des préfets, elle tente d'assimiler ces fonctionnaires plus pleinement encore au juge d'instruction en les autorisant à agir par délégation. L'historique de l'article 10 montre que si ce texte peut s'expliquer par l'ambiance des circonstances despotiques au milieu desquelles il est né, il n'apporte par contre aucun argument pour le justifier. Elaboré par Napoléon pour concentrer le plus d'autorité possible aux mains des fonctionnaires, cet article n'a cessé d'être acerbement critiqué depuis la chute des régimes autoritaires. On ne lui reproche pas seulement de mettre la liberté à la merci de fonctionnaires politiques et révocables, on ajoute qu'il viole un principe fondamental de notre droit public : celui de la séparation des pouvoirs. Aussi des projets de réforme plus ou moins radicaux ont-ils été sans cesse déposés devant nos deux Assemblées parlementaires. Le maintien pur et simple de l'article 10, au moins en ce qui concerne les préfets des Départements, ne se discute même plus aujourd'hui. Il est avéré pour tous que la jurisprudence a faussé notre texte en étendant son champ d'application hors de ses termes mêmes. Dans ces conditions, le problème se réduit à la question de savoir s'il faut opter pour l'abrogation totale du texte ou bien reconnaître certains pouvoirs au Préfet de police à Paris qui a une situation toute spéciale. Nous n'avons pas à nous prononcer ici, nous bornant à ce simple énoncé, nous renvoyons la solution du problème à la conclusion qui termine cette thèse.

Section II

La détention préventive

Lorsqu'à la suite de son interrogatoire, l'individu arrêté n'est pas parvenu à se disculper pleinement, il est mis en état de détention préventive jusqu'à la décision judiciaire qui statuera définitivement sur son sort. Il passe ainsi d'un état tout momentané à un état d'une durée indéterminée et, de ce seul fait, sa situation empire déjà. Elle est encore aggravée à un autre point de vue. Cette privation de liberté est, en effet, une peine sévère infligée peut-être à tort à un individu s'il intervient une sentence d'acquittement. En tout cas, c'est toujours une peine prématurée. C'est dire en un mot qu'elle est absolument injustifiable sur le terrain de la philosophie sociale. Mais les exigences de la pratique militent en faveur de son maintien. N'est-elle pas un salutaire et excellent avertissement donné à l'individu lancé sur la pente du crime d'avoir à s'y arrêter? La fuite ne serait-elle pas pour le prévenu libre un échappatoire trop commode et trop tentant pour éluder l'exécution du jugement? Enfin, le juge ne doit-il pas avoir la facilité de procéder aux divers interrogatoires, aux confrontations? Si incontestables que soient ces observations, il n'en reste pas moins vrai que la détention préventive est toujours un mal dont il faut limiter l'emploi le plus possible. Dans les hypothèses où la crainte de favoriser les malfaiteurs impose cette mesure comme un ultime expédient, il est nécessaire d'y apporter quelques

correctifs. Un de ses caractères les plus choquants, celui par lequel elle risque de dégénérer en source d'abus, réside dans sa durée indéterminée. Ce sera précisément ce caractère qu'une bonne législation devra s'efforcer de faire disparaître en accélérant la procédure. Résumant d'un mot ces quelques considérations préliminaires, nous poserons en principe que la détention préventive doit toujours être l'exception. Quelle doit être la règle? C'est, ainsi que le commande la logique, la solution nettement antinomique : la liberté provisoire. L'étude de ces deux institutions ne saurait donc être séparée.

Le Code d'Instruction Criminelle fait de la détention préventive la règle générale. La liberté provisoire, faveur parcimonieusement accordée au prix de nombreuses conditions, exige un cautionnement minimum de 500 fr. Son domaine est très restreint. Englobant les seuls délits dont l'auteur est domicilié, il laisse en dehors tous les autres et, à plus forte raison, les crimes. De plus, la décision du juge est irrévocable. Si, insuffisamment renseigné au début de la procédure, il a ordonné la détention, il ne peut plus la lever.

Ce système trop rigoureux ne se maintint pas dans son ensemble jusqu'à la loi du 14 Juillet 1865. Celle-ci se trouva pour ainsi dire amenée par des mesures législatives partielles qui petit à petit contribuèrent à modifier la physionomie de notre institution. C'est ainsi que le minimum du cautionnement fut supprimé, que des attributions précédemment dévolues à la Chambre du Conseil passèrent aux mains du juge d'instruction. Mais le bouleversement complet, le renversement total de la

situation datent de la loi du 14 Juillet 1865. Avec elle, la caution ne consiste plus désormais fatalement en une prestation pécuniaire et elle perd, dans tous les cas, son caractère obligatoire. La liberté provisoire voit ainsi s'élargir son domaine, puisqu'elle peut désormais s'étendre aux crimes. Enfin elle n'est plus toujours une faveur, elle devient parfois, en matière correctionnelle, un véritable droit pour l'inculpé. A quelles conditions se trouve-t-elle alors subordonnée? Quatre circonstances doivent être réunies : 1° Le maximum de la peine encourue doit être inférieur à deux ans de prison ; 2° L'inculpé doit être domicilié ; 3° Il doit être indemne de toute condamnation antérieure pour crime ou de toute peine de prison ; 4° Il doit formuler une demande n'exigeant d'ailleurs aucune forme sacramentelle. L'épithète de mise en liberté de droit qui semble à « priori » sous-entendre que cette mise en liberté est automatique, n'est donc pas très heureuse, selon nous. Des quatre conditions précédentes, la première seule, relative à la durée de la peine, mérite d'être acerbement critiquée, car elle contribue à limiter à l'excès la sphère d'application de la liberté provisoire de droit. Les statistiques de pratique criminelle démontrent, en effet, que les délits dont la sanction ne dépasse pas deux ans d'emprisonnement et qui seuls donnent droit à l'élargissement provisoire, sont les moins fréquemment commis. Nous n'avons au contraire aucune critique à adresser aux autres conditions. Il est parfaitement raisonnable de prendre en considération le domicile, sérieuse garantie de la représentation de l'inculpé. Enfin ses antécédents judiciaires entrent à

juste titre en ligne de compte, le délinquant primaire méritant plus d'égards que le récidiviste.

Il est difficile, croyons-nous, de résoudre d'une façon absolument catégorique la question de savoir si c'est la liberté provisoire ou, au contraire, la détention préventive qui constitue, de nos jours, la règle. Cette dernière est hybride. Mais il nous est malheureusement trop aisé de constater qu'en pratique la liberté provisoire apparaît trop souvent comme un épouvantail à beaucoup de juges d'instruction.

Ayant ainsi précisé les cas de détention préventive et « *a contrario* » ceux de liberté provisoire, nous pouvons maintenant nous demander quelles sont les autorités qui ont qualité pour prononcer la détention. Nous savons par avance que cette mesure étant une atteinte plus profonde à la liberté individuelle que l'arrestation provisoire va être moins largement accordée que cette dernière. C'est encore le juge d'instruction qui est qualifié pour transformer l'arrestation en détention. Lui seul peut savoir si cette mesure de rigueur est indispensable. C'est donc lui qui, en principe, a le dernier mot. Toutefois, dans les circonstances exceptionnelles du flagrant délit, certains actes de l'instruction préparatoire sont loisibles au Procureur de la République. Ainsi ce magistrat, après avoir interrogé sur-le-champ l'individu amené devant lui a la faculté de le mettre sous mandat de dépôt. Mais la validité de ce mandat est tout éphémère. Elle est, en effet, subordonnée à sa confirmation par le Tribunal devant lequel le prévenu doit être conduit immédiatement si possible ou, au plus tard, le lendemain

si l'audience est terminée. En résumé, les officiers de police judiciaire qui s'étaient vu accorder certains pouvoirs en matière d'arrestation ont des attributions bien plus restreintes pour la détention. Tout au plus, l'article 34 du Code d'Instruction Criminelle leur donne-t-il le droit de lancer un mandat de dépôt et la loi du 20 Mai 1863 renouvelle-t-elle cette faculté pour les flagrants délits correctionnels. Que dire enfin des particuliers sinon qu'aucun pouvoir ne leur appartient en matière de détention.

Voyons maintenant les sources de la détention, autrement dit, les actes dont elle résulte. Il y en a deux catégories :

1° Les mandats du juge d'instruction ;

2° Les ordonnances de prise de corps rendues par la Chambre des mises en accusation.

Nous avons fait allusion à la première catégorie en traitant de l'arrestation. Nous avons même parlé en détail des mandats de comparution et d'amener. Il n'ont pas à être étudiés de nouveau ici, rappelons toutefois que le mandat d'amener aboutit à une courte privation de liberté de 24 heures. Deux autres mandats doivent seuls nous retenir maintenant : les mandats de dépôt et d'arrêt.

Créé par une loi du 7 Pluviôse an IX, le mandat de dépôt était destiné à des cas urgents et entraînait une détention toute provisoire, ainsi qu'en témoigne sa dénomination même. Une détention définitive était la conséquence normale du mandat d'arrêt. Ces différenciations très précises à l'origine ne vont guère tarder à s'effacer. Dès le Code d'Instruction Criminelle, les mandats ont déjà perdu

leurs nuances primitives. La jurisprudence ne tarda pas à profiter de l'équivoque du législateur pour substituer dans la pratique le mandat de dépôt au mandat d'arrêt. Ce dernier entouré de quelques formalités protectrices lui parut trop compliqué et trop onéreux pour les finances publiques [1], si bien qu'elle en annihila l'emploi. Quand, le 14 Juillet 1865, le législateur aura enfin étendu la faculté de révocation au mandat d'arrêt l'assimilation entre deux actes jadis si différents sera complète. Cependant la liberté individuelle commande l'usage du mandat d'arrêt, comme offrant davantage de garanties pour le prévenu. C'est, pour ainsi parler, un acte solennel. Aux termes de l'article *94* du Code d'Instruction Criminelle, il exige impérieusement les conclusions préalables du Procureur de la République. Sans doute la collaboration étroite de deux magistrats est-elle désirée par le législateur toutes les fois qu'il s'agit de la délivrance d'un mandat quelconque, mais il faut bien reconnaître qu'il n'en fait une règle absolument formelle que pour le mandat d'arrêt. L'article *96* du Code d'Instruction Criminelle exige deux garanties encore plus essentielles : l'énonciation du fait pour lequel le mandat est décerné et la citation de la loi qui déclare ce fait crime ou délit. Cette double formalité paraît à première vue un strict minimum qui devrait exister dans toutes les hypothèses où la liberté individuelle se trouve tant soit peu menacée. N'est-il pas juste que le prévenu ait toujours une connaissance bien

(1) A la différence du mandat de dépôt, le mandat d'arrêt ouvre, au profit des agents qui le mettent à exécution, le droit à une gratification dite « de capture », (Décret 7 Avril 1813, article 6).

exacte de ce qu'on lui reproche? Il ne nous faut pas moins constater que cette formalité tutélaire a perdu de nos jours son caractère initial de généralité.

La seconde source de la détention préventive réside dans l'ordonnance de prise de corps. C'est une source bien moins importante que la première, puisqu'elle ne joue qu'en matière criminelle. Elle suppose, en effet, que le juge d'instruction a rendu une ordonnance de renvoi devant la Chambre des mises en accusation et que cette dernière, également convaincue du bien fondé de la prévention de crime, a prononcé un arrêt de mise en accusation. C'est à cet arrêt que se trouve annexée l'ordonnance de prise de corps. Les articles *232* et *233* du Code d'Instruction Criminelle prévoient cet ensemble de circonstances.

La détention préventive qui est déjà par elle-même une mesure de rigueur peut encore être aggravée par l'interdiction de communiquer. Celle-ci ne découle pas fatalement du mandat, il faut qu'une ordonnance spéciale du juge la prescrive. Le texte primitif de l'article *613* du Code d'Instruction Criminelle ne posait aucune règle pour cette mise au secret. Il a été modifié à deux reprises différentes dans un sens toujours plus favorable à la liberté individuelle. C'est d'abord la loi du 14 Juillet 1865 qui fixe le délai primitif maximum de la mise au secret à 10 jours, mais elle laisse subsister une faculté indéfinie de renouvellement. Puis, intervient la loi du 8 Décembre 1897 qui limite à une seule fois cette faculté de renouvellement, si bien qu'aujourd'hui l'interdiction de communiquer ne peut plus

dépasser 20 jours. Sa portée également a été restreinte puisqu'elle ne s'applique jamais à l'avocat du prévenu (article 8).

Section III

Sanctions a l'inviolabilité de la personne

Le législateur aura eu beau déterminer minutieusement le cas et les conditions de l'arrestation provisoire et de la détention primitive, il n'aura fait qu'une œuvre incomplète et vaine s'il n'a pas pris soin de la couronner par un système de sanctions efficaces. Nous avons déjà répété maintes fois qu'en l'absence de mesures répressives attachées à leur violation, les principes restent lettre morte. Aussi le législateur français s'est-il efforcé de sanctionner ses prescriptions, nous savons déjà qu'il n'y a pas réussi. Deux séries de dispositions au Code pénal sont destinées à garantir la liberté individuelle. La première vise les faits délictueux des fonctionnaires publics : agents ou préposés du Gouvernement, la seconde ceux des simples particuliers. Il ne faudrait pourtant pas croire qu'une cloison étanche sépare ces deux catégories. Il est des cas où la jurisprudence a fait application à des fonctionnaires publics de peines destinées à de simples particuliers, par exemple quand ces fonctionnaires ont agi dans une intention nettement caractérisée de haine personnelle [1]. Sans méconnaître la nécessité pratique de

(1) Cassation 4 Décembre 1862. S. 63-1-51. — Cassation 23 Juin 1892. D. 93-1-297.

faire sortir parfois les sanctions de leurs sphères respectives, nous les étudierons pourtant séparément ne faisant en cela que nous conformer au plan du législateur qui, à dessein, les a placées sous des rubriques différentes.

C'est sous l'étiquette générale de « *Crimes et délits contre la chose publique* » et sous l'étiquette particulière d' « *attentats à la liberté* » que les articles *114* à *122* du Code pénal nous font connaître les pénalités destinées à réprimer les abus commis par les fonctionnaires publics. Ces pénalités sont légères ; très souvent, la dégradation civique est la sanction applicable. Pour voir intervenir une peine plus sérieuse, telle que celle des travaux forcés à temps, il va nous falloir supposer que l'acte attentatoire à la liberté individuelle se complique de la circonstance d'usage de faux (article 116). Enfin, les manquements graves des gardiens et concierges des établissements pénitentiaires à leurs obligations ne leur font encourir qu'un court emprisonnement ou qu'une légère amende (art. 120). En résumé, le Code se montre très indulgent pour les fonctionnaires publics. Son indulgence nous frappe encore davantage si nous la comparons à la rigueur qu'il déploie vis-à-vis des simples particuliers. Pour ces derniers, les articles *341* à *344* du Code pénal prodiguent la peine des travaux forcés avec ses deux modalités : à temps ou à perpétuité. En effet, la séquestration qui s'est prolongée au delà d'un mois ou qui a été accompagnée de menaces de mort sera justiciable de cette grave peine perpétuelle. Quand la séquestration aura été d'une courte durée, de moins de 10 jours, un emprisonnement de 2 à 5 ans

sera prononcé. Ce quantum si variable de la peine, eu égard à la qualité du délinquant est-il justiciable? Pourquoi d'un côté une si grande mansuétude et de l'autre un traitement draconien? On peut essayer d'expliquer cette attitude du législateur, mais sa justification nous semble bien difficile. Prenant en considération les mobiles qu'il présume animer les coupables, il a tenté de proportionner à leur plus ou moins grande turpitude des châtiments plus ou moins sévères.

Selon lui, le fonctionnaire public, sans cesse hanté par la préoccupation de l'intérêt social, ne peut être égaré que par un zèle excessif. Le sentiment qui le guide est donc excellent, sa manifestation seule est regrettable. Il y a lieu de la faire cesser mais avec toute l'indulgence possible. Le simple particulier, au contraire, entraîné aux mêmes actes répréhensible par les passions les plus viles ne mérite aucun égard. Cette incursion psychologique indispensable pour révéler la pensée du législateur, nous fait pénétrer la véritable signification des textes, mais elle ne justifie en rien le système légal qu'elle montre assis sur un critérium très incertain : une simple balance de mobiles. Des réformateurs ont demandé l'abrogation du système actuel et son remplacement par une ligne de conduite diamétralement opposée, c'est-à-dire une punition plus sévère pour les fonctionnaires que pour les particuliers. A notre avis, ce serait là une fâcheuse exagération dans l'autre sens.

La responsabilité pénale des fonctionnaires se trouve encore fâcheusement amoindrie par l'article *114* § *2* du Code pénal qui créé une excuse abso

lutoire. Le fonctionnaire coupable étant mis à l'abri de toute peine par suite du principe de l'obéissance hiérarchique va se montrer forcément moins scrupuleux pour l'exécution de ses ordres.

Dans son article *117*, le Code pénal consacre aussi la responsabilité civile des fonctionnaires. Conformément à la règle générale de l'article 3 du Code d'Instruction Criminelle, le particulier lésé est libre de porter son action devant la juridiction civile. S'il choisit cette dernière, son action en dommages-intérêts va se trouver en quelque sorte entravée par suite des règles de la prise à partie. Cette voie de procédure s'impose alors inéluctablement. Or, pour qu'elle ait quelque chance de réussir, il faut supposer non seulement que le magistrat coupable ait violé les règles protectrices de la liberté individuelle mais encore qu'il ait commis une faute dolosive. La jurisprudence, d'un autre côté, se montre très large dans la détermination des fonctionnaires susceptibles d'être, le cas échéant, pris à partie. A côté des juges d'instruction elle range dans cette catégorie tous ceux qui collaborent à un titre quelconque à la police judiciaire, tels que commissaires de police [1], maires [2], gardes-champêtres [3] et forestiers que ces derniers soient au service des Communes ou à celui des particuliers [4].

---

(1) Cassation 28 Mai 1879. S. 1879-1-416.
(2) Cassation 14 Juin 1876. S. 1877-1-193. — Nancy 25 Janvier 1884. S. 1885-2-183.
(3) Cassation 4 Mai 1880. S. 1881-1-79. — Paris 19 Nov. 1863. D. 1864-2-7.
(4) Cassation 10 Janvier 1900. S. 1900-1-273.

CHAPITRE DEUX

Inviolabilité du domicile.

C'est pour renforcer encore davantage les garanties de liberté individuelle dont il entoure le citoyen que le législateur consacre l'inviolabilité de la demeure dans l'article *184* du Code pénal. Dégagé à jamais des préjugés théocratiques qui, à l'origine des civilisations, obscurcissaient la notion de domicile, il n'a pu avoir pour but la protection directe de la propriété immobilière en elle-même. La sécurité et l'indépendance de la personne humaine, voilà ce que finalement il veut assurer. Ayant précisé ce but, il nous est plus facile de déterminer exactement le sens spécial du mot « domicile » dans l'article 184. Il est clair qu'il ne peut plus s'agir ici du sens restreint dans lequel ce mot est employé dans l'article *102* du Code civil. Si la protection ne s'étendait qu'au « *principal établissement* » dont parle ce texte, le but du législateur ne pourrait être atteint dans tous les cas. Le terme domicile doit donc, pour répondre au dessein poursuivi, être plus large en droit criminel qu'en droit civil. Dérivant étymologiquement du mot latin « *domus* », il a conservé dans la langue pénale sa véritable portée primitive. La « *domus* » tout entière s'y trouve englobée. Bref, ce que le langage courant dénomme la maison est ainsi protégé. Tout mode de construction quel qu'il soit, à assises fixes comme à fonde-

ment mobile, bénéficie de notre disposition, laquelle s'étend encore aux dépendances directes du lieu servant à l'habitation, tels que terrains et bâtiments, pourvu toutefois qu'ils soient circonscrits dans une même enceinte. La protection organisée par l'article *184* s'étend également aux meubles, aux papiers personnels intimement liés au secret de la vie privée, mais elle reste inapplicable au cas où la maison violée n'a jamais été habitée.

D'ailleurs, pour prendre parti dans telle ou telle solution concrète, nous devrons toujours nous pénétrer de l'esprit du texte qu'il nous semble possible de résumer ainsi : Toutes les fois qu'un rapport quelconque s'est *effectivement* établi entre une personne et un lieu, ce dernier participe de la qualité inviolable attachée à la personne. Peu importe que le rapport en question soit essentiellement éphémère du moment qu'il est réel. Ainsi un voyageur de passage dans une ville qui établit sa résidence d'une nuit dans une chambre d'hôtel pourra se prévaloir de notre texte aussi bien que le propriétaire de cet hôtel. La loi ne prend pas non plus en considération le titre juridique en vertu duquel s'est établie l'occupation. Elle protégera aussi bien un usufruitier, un fermier, un locataire qu'un propriétaire.

Si large que soit l'inviolabilité du domicile, pas plus que celle de la personne, pas plus qu'aucune autre liberté elle ne saurait être absolue. La répression sociale se trouverait, en effet, singulièrement compromise si la justice n'avait, dans certains cas, la faculté de pénétrer dans des domiciles. Après avoir étudié les actes que la loi réprime en tant qu'ils constituent le délit de violation de domicile,

nous serons logiquement amenés à parler de ceux qui, ne trouvant pas place dans ses termes restrictifs, sont par là même intrinsèquement autorisés.

Ce qui est défendu, ce qui est permis, tel est l'objet de nos deux sections.

Section I

Actes qui constituent le délit de violation du domicile

Les éléments constitutifs de ce délit varient selon la qualité de la personne qui le commet : agents de l'autorité ou particuliers. A lire la rédaction primitive de l'article 184 du Code pénal, il apparaît de suite que le législateur impérial avait uniquement en vue la répression des atteintes à la paix du foyer émanant des agents de l'autorité publique et qu'il négligeait celles que de simples particuliers pouvaient cependant perpétrer. Ces dernières constituaient tout au plus des circonstances aggravantes d'autres faits délictueux. La pratique se chargea sans doute de démontrer le danger d'une aussi regrettable lacune. C'est pourquoi le législateur ne laissa pas échapper l'occasion favorable de la refonte du Code pénal pour la combler. Ce n'est qu'en 1832 que l'article 184 s'augmenta d'un paragraphe destiné à créer le délit de violation de domicile par un simple particulier. On a souvent reproché au législateur la faute méthodique qu'il a commise en rangeant cette hypothèse sous la rubrique inexacte pour elle d' « Abus d'autorité ». Sans

méconnaître l'incontestable justesse de cette observation, nous ne pouvons que nous réjouir de voir le domicile plus parfaitement protégé par l'effet de cette nouvelle incrimination. L'article *184* contient donc désormais la qualification de deux délits nettement distincts que nous allons maintenant étudier.

§ 1. — *Eléments du délit commis par les fonctionnaires publics*

Le délit de violation du domicile par les fonctionnaires publics suppose la réunion de trois éléments :

1° Un fait matériel d'introduction dans un domicile ;

2° Un agissement en qualité de fonctionnaire ;

3° Une pénétration contre le gré de l'occupant.

Le premier élément n'appelle aucun commentaire. Le seul fait de l'introduction dépouillé de toute autre circonstance est à la fois nécessaire et suffisant. Il faut, en second lieu, un agissement en qualité de fonctionnaire. L'article *184* primitif donnait une énumération limitative des agents de l'autorité susceptibles de se rendre coupables d'un abus de pouvoir. C'étaient, d'après ses termes mêmes, « les juges, procureurs généraux, substituts, administrateurs, officiers de justice, de police ». Cette énumération était incomplète. Ne voit-on pas, en effet, qu'elle excluait les gendarmes qui, bien que n'étant pas rangés parmi les officiers de police judiciaire, remplissent parfois des fonctions se rattachant nettement à cette qualité. Dès lors que par leur collaboration à l'œuvre de la justice, ils peuvent être entraînés à commettre une violation de

domicile, la loi en les excluant favorise leur impunité. C'est pour cette raison qu'en 1832 le législateur a formellement visé les gendarmes par son expression générale de « commandant ou agent de la force publique ». Pour que le fonctionnaire soit punissable, il ne suffit pas qu'il se trouve rangé dans la catégorie légale, il faut de plus qu'il ait agi en sa dite qualité, invoquant le titre de son autorité ou en arborant les insignes. En effet, l'agent de l'autorité qui n'a pas mis en avant les prérogatives de ses fonctions pour pénétrer dans un domicile, s'il n'en est pas moins coupable, sera puni différemment en tant que particulier.

Le troisième élément du délit que nous envisageons est la pénétration dans le domicile contre le gré de l'habitant, autrement dit, sans son libre consentement. Bien que la loi n'exige aucune forme pour la manifestation de ce dernier, elle n'y attacherait cependant pas de valeur s'il avait été arraché grâce à un dol ou à des violences. Une fois émis, le consentement ne peut plus être retiré. C'est là une solution très sage. Combien eut été difficile la détermination exacte de l'instant où le changement de volonté de l'occupant eut eu le pouvoir de transformer le fait primitivement licite en un acte délictueux.

§ 2. — *Eléments du délit commis par les particuliers*

Le délit de violation du domicile par les simples particuliers prévu et puni par le second paragraphe de l'article 184, suppose en plus des deux éléments que nous venons d'étudier (introduction dans un

domicile — pénétration contre le gré de l'occupant) la réalisation d'une nouvelle condition sine qua non : l'existence de menaces ou de violences. Le sens de la première expression ne saurait soulever aucune controverse. C'est seulement contre la personne que des menaces peuvent être dirigées. A l'inverse, l'esprit conçoit indifféremment des violences s'exerçant contre les choses aussi bien que contre les personnes. Le domicile ne sera pleinement protégé que si la jurisprudence comprend assez largement cette notion de violences. Nous sommes les premiers à reconnaître que pour une fois elle n'a pas craint de se montrer, nettement favorable à la liberté individuelle. Elle y a eu d'autant plus de mérite qu'à l'origine elle s'était engagée sur une fausse route et qu'elle eut pu se trouver égarée pour toujours. Un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry [1], en date du 27 Février 1867, constituait pour elle un dangereux point de départ. D'après lui, les seules violences dirigées directement ou indirectement contre la personne pouvaient être retenues, les autres étaient complètement indifférentes. Pour faire triompher sa thèse, la Cour invoquait une argumentation bien peu solide. Ne prétendait-elle pas que la place qu'occupe dans le Code la sanction de la violation du domicile par les particuliers avait été choisie à dessein, alors que nous la savons dictée par une pure commodité de plan? En second lieu, la distinction que la Cour voulait établir entre les violences et les voies de fait, les premières ne pouvant avoir pour objet que les personnes à la diffé-

(1) S. 1867-2-345.

rence des secondes, n'avait pas la netteté qu'elle lui attribuait. Le législateur emploie très bien ces expressions l'une pour l'autre. Insoutenable au point de vue purement doctrinal, la jurisprudence de Chambéry était d'un autre côté vouée à un échec certain par suite des détestables conséquences pratiques auxquelles elle aboutissait. En effet, le particulier qui, en l'absence de l'habitant, pénétrait avec violence dans une maison ne se rendait pas coupable de violation de domicile, puisqu'il ne pouvait et. pour cause, s'attaquer à une personne. La simple opportunité s'oppose à cette conclusion choquante. C'est pourquoi les Cours d'appel ne tardèrent pas à répudier cette jurisprudence primitive. Dans un arrêt de 1871 [1] celle de Rennes spécifie nettement que l'expression « violence » s'applique tout aussi bien à l'édifice qu'à la personne.

Section II

Actes qui ne constituent pas le délit de violation du domicile

En étudiant les éléments du délit de violation du domicile par les fonctionnaires publics, nous avons à dessein négligé, comme étant trop évidente, une condition en l'absence de laquelle l'acte délictueux ne saurait pourtant être retenu : celle de la perpétration des faits en dehors des cas prévus par la loi ou sans les formalités qu'elle édicte. N'est-il pas

(1) S. 1873 2-18[3].

assez clair que la loi ne peut incriminer ce qu'elle autorise? Il ne nous faut pas moins contater que l'article *184* en réservant la possibilité de circonstances restrictives nous conduit logiquement à l'étude des actes permis. Ces derniers qui supposent l'entrée dans le domicile, son inspection, la saisie de diverses pièces semblent incompatibles avec la liberté individuelle. Ils devraient donc logiquement être érigés en délits. Si le législateur n'est pas allé jusqu'à cette conclusion normale, c'est qu'il a eu égard avant tout à leur nécessité qui les justifie pleinement. Dictés tantôt par une considération d'intérêt social, tantôt par un motif d'intérêt privé, ils sont toujours exceptionnels. Ils ne sont pourtant pas permis avec une égale facilité à n'importe quel moment. La circonstance qu'il fait nuit ou jour est essentielle en cette matière. Aussi, importe-t-il de déterminer avec exactitude la durée respective de ces deux temps successifs. Nous ne trouvons pas sur ce point de disposition d'ensemble dans notre droit, mais quelques textes spéciaux relatifs à des sujets déterminés. Pour le nôtre, c'est l'application pure et simple de l'article *1037* du Code de procédure civile qu'ont consacré les décrets du 4 Août 1806 et 1er Mars 1854, tous deux relatifs à l'organisation de la gendarmerie. Le système qui en résulte est nettement artificiel puisqu'il se borne à scinder l'année en deux portions égales [1] répartissant plus ou moins largement le temps de nuit suivant chacune d'elles. S'il n'a donc pas le mérite

(1) Du 1er Octobre au 31 Mars : La nuit légale dure de 6 h. du soir à 6 h. du matin. — Du 1er Avril au 30 Septembre : De 9 h. du soir à 4 h. du matin.

d'être toujours en conformité parfaite avec les données de la science, il a l'avantage d'être très clair et de permettre ainsi d'écarter tout arbitraire.

Connaissant la durée conventionnelle de la nuit et du jour, nous pouvons maintenant étudier les restrictions à l'inviolabilité du domicile durant ces deux temps. Elles seront très rares la nuit, la tranquillité de la demeure devant couvrir alors le repos du citoyen. Pour qu'elles interviennent, il faut supposer le concours de circonstances de force majeure telles qu'un incendie, une inondation ou bien encore une réclamation du citoyen venant de l'intérieur de la maison, qui n'est, en réalité, autre chose qu'un appel à l'autorité. Toutes ces hypothèses sont limitativement déterminées par l'article 76 de la Constitution de l'an VIII, texte d'une importance capitale que nous avons transcrit plus haut. L'intérêt individuel est également prédominant dans le cas de l'état de siège où la faculté de perquisition domiciliaire durant la nuit est l'unique moyen de déjouer les complots que ne tarderaient pas de tramer dans l'ombre les fauteurs de désordre. Cette première catégorie de restrictions à l'inviolabilité du domicile est tellement conforme à la liberté individuelle qu'on hésite parfois à considérer les cas qu'elle renferme comme de véritables exceptions à notre principe. Pour notre part, nous croyons ce raisonnement trop subtil et rangeons ces cas sans aucune difficulté parmi les brèches au respect du domicile.

La seconde catégorie de restrictions se réfère à des lieux improprement nommés domiciles, c'est-à-dire ne rentrant pas dans la définition précise que

nous avons donnée de ce mot. Ces exceptions ont pour but la surveillance et la répression des délits qui peuvent se commettre dans les établissements industriels ou les endroits publics. Que deviendraient les règlements de la législation ouvrière si les inspecteurs du travail n'avaient pas la possibilité de pénétrer dans les ateliers au moment même où ceux-ci sont en activité. Les prescriptions les plus élémentaires pour la salubrité des locaux ou la sécurité des travailleurs ne tarderaient pas à tomber en complète désuétude. Aussi, le législateur qui ne veut pas faire œuvre vaine se voit-il obligé d'ouvrir l'accès des usines aux fonctionnaires chargés de leur police. Ce droit leur a été, par exemple, concédé par l'importante loi du 2 Novembre 1892 sur le travail industriel des femmes et des enfants (art. 20) et celle du 12 Juin 1893 concernant l'hygiène des travailleurs (art. 4). Mais la jurisprudence s'est réservée le rôle de veiller à ce que le droit ne dégénère pas en une source d'abus. Elle n'autorise, en effet, l'entrée de nuit que dans les entreprises travaillant à la fois le jour et la nuit. Au contraire, l'entrée de celles qui fonctionnent seulement le jour n'est ouverte de nuit aux agents de l'autorité que sur de graves soupçons de fraude à la loi [1]. Si c'est généralement un but philantro-

(1) La Jurisprudence limite plus étroitement encore le droit de surveillance que la loi du 13 Juillet 1906 sur le repos hebdomadaire donne aux inspecteurs du Travail. La Cour de Cassation, dans un arrêt des Chambres réunies du 29 Juin 1911 (D. 1912-1-393), ne leur accorde aucun droit de pénétrer dans les établissements industriels la nuit. Voir dans le même sens un arrêt de la Cour de Bordeaux du 14 Décembre 1921 (D. 1922-2-79) relatif à l'application de la loi du 18 Mars 1919 sur la suppression du travail de nuit dans les boulangeries.

pique tel que celui de la santé sociale qui amène la loi à ouvrir les portes des établissements industriels, d'autres considérations interviennent aussi parfois. C'est ainsi que certaines fabriques ayant l'alcool pour base de leurs produits, telles que les distilleries, sont sous le contrôle permanent de l'Administration des Contributions Indirectes qui y a accès, même quand ces établissements ne sont pas en activité. Cette disposition, qui peut sembler choquante au premier abord, se justifie aisément si l'on songe que les procédés techniques de fabrication sans cesse perfectionnés par la science, permettent une clandestinité très propice à l'évasion fiscale.

Il y a des lieux publics dans lesquels, par suite du monde interlope qui les fréquentent, des infractions sont plus souvent commises. Nous voulons parler des maisons de prostitution. Il est donc juste que les agents de l'autorité y veillent d'une façon particulière. Une loi des 19-22 Juillet 1791, toujours en vigueur à l'heure actuelle, donne aux officiers de police le droit de pénétrer « en tout temps » dans les lieux notoirement livrés à la débauche. Des controverses aujourd'hui éteintes se sont élevées au sujet de la portée de l'expression « *en tout temps* ». On est maintenant d'accord pour lui attribuer un sens tout relatif en décidant que les fonctionnaires n'ont entrée dans les maisons de tolérance qu'autant que le public lui-même y est admis. Si elles étaient fermées à celui-ci, elles deviendraient le domicile privé de leurs tenanciers et devraient être protégées au même titre que le domicile privé de toute autre personne.

En résumé, ce n'est que sous l'empire de nécessités absolues que le législateur déroge au principes de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. Il le fait toujours d'une façon formelle. Aussi, ne saurait-on trop violemment repousser quelques autres exceptions proposées par certains auteurs qui se basent seulement sur des textes au sens ambigu. Aussi, l'article *36* du Code d'Instruction Criminelle qui enjoint dans certains cas au Procureur de la République de se transporter *de suite* au domicile du prévenu, ne peut être regardé comme une nouvelle exception à notre principe dès lors qu'il est complètement muet sur la circonstance de jour ou de nuit. L'urgence de la situation ne constitue pas une raison suffisante pour permettre une perquisition domiciliaire, même dans l'hypothèse du flagrant délit. La seule ressource en pareil cas serait de faire cerner la maison par l'autorité jusqu'à l'arrivée du jour. Malheureusement la police, au mépris de toutes les règles légales, ne se fait souvent pas grief de pénétrer dans la maison du crime en plein milieu de la nuit. Il se peut que la perquisition domiciliaire ait commencé durant le jour et qu'elle ne soit pas encore complètement terminée quand la nuit arrive, l'autorité est alors légalement en droit de la continuer. C'est, en effet, le seul fait de la pénétration de nuit qui est illicite.

Dans une excellente intention, on a voulu laisser le libre accès du domicile aux juges quand il s'agit de faire cesser une détention arbitraire ; ce cas n'étant pas expressément visé par la loi, nous ne croyons pas devoir l'admettre.

Les restrictions à l'inviolabilité du domicile très

rares la nuit ainsi que nous venons de l'établir, sont relativement peu nombreuses pendant le jour. L'habitant se trouve alors plus en mesure de vérifier la qualité de ceux qui se présentent chez lui et d'éviter ainsi l'abus de pouvoir. Il a toujours néanmoins besoin et, par suite, droit à la protection légale, aussi le principe de l'inviolabilité subsiste-t-il avec toute sa force chaque fois qu'il n'y est pas expressément dérogé. Les quelques cas où il est abandonné sont disséminés dans diverses dispositions législatives qui, dans un but de simplicité, peuvent être ramenés à quelques groupes.

Avant de tenter cette classification, il n'est peut-être pas inutile de faire remarquer que les dérogations admises pour le temps de nuit doivent être « a fortiori » étendues durant le jour. Cette extension est, du reste, générale et embrasse aussi bien les lieux où tout le monde est admis indistinctement que les locaux industriels. Les exceptions concernant exclusivement le temps de jour se ramènent à trois grands chefs : 1° Celles qui sont commandées par les nécessités de l'instruction criminelle ; 2° celles que nécessite l'exécution des décisions judiciaires ; 3° celle enfin qui tendent à la perception des revenus publics. Nous n'avons pas à étudier en détail ces différentes restrictions. Leur simple énumération nous montre que des motifs qui, la nuit, ne seraient pas pris en considération, suffisent à ouvrir l'accès de la demeure durant le jour.

L'introduction dans le domicile que la loi autorise uniquement parce qu'elle y est contrainte par des intérêts supérieurs n'est pas laissée par elle à la discrétion du premier agent venu, ni tolérée sans

garanties. La loi a minutieusement prévu les fonctionnaires qui seraient compétents et les formalités qui devraient être observées, C'est, en principe, le juge d'instruction qui a qualité pour perquisitionner. Sa tâche qui consiste à étayer la culpabilité des délinquants sur des preuves solidement fondées commande de lui accorder ce droit. Les articles 87, 88 du Code d'Instruction Criminelle le lui reconnaissent très largement. Il lui est, en effet, ouvert quel que soit le caractère ou la gravité de l'infraction, qu'elle soit flagrante ou non, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit. Ce n'est pas seulement la maison du prévenu qu'il peut visiter, mais tout autre lieu qu'il présumerait renfermer des pièces à conviction. Le domicile de ceux qui, par leur situation, sont tenus au secret professionnel, tels que les médecins, les avocats, les officiers ministériels, n'échappe pas davantage à son investigation, seul son droit de saisie se trouve diminué en pareil cas. Le pouvoir du juge d'instruction, pour être très large, ne doit pas cependant être regardé comme complètement despotique, il est soumis à un certain nombre de conditions qui, à vrai dire, ne sont pas assez clairement formulées. Il ne faudrait pas croire, par exemple, que la faculté de perquisition soit licite en tout état de cause, qu'un juge d'instruction trop zélé désireux d'intenter des poursuites puisse user de ce moyen en vue de la recherche de documents. Pour qu'une perquisition intervienne, il est nécessaire que de sérieux indices fassent converger les soupçons sur un individu déterminé et que, d'autre part, eu égard à la nature du fait délictueux, la perquisition apparaisse comme

un moyen raisonnable d'arriver plus facilement à la découverte de la vérité. Quand ces conditions se trouvent remplies, que par conséquent la perquisition peut commencer, le juge doit encore se soumettre à quelques règles. Il a d'abord l'obligation, aux termes mêmes de l'article 89, d'appeler le prévenu ou son fondé de pouvoir. La perquisition ne sera vraiment efficace que si elle est en quelque sorte contradictoire, c'est-à-dire que si une contestation sur tel ou tel élément de preuve peut au besoin s'élever entre le juge et l'inculpé. Si la perquisition a lieu au domicile d'un tiers, le prévenu doit évidemment y assister mais, dans cette hypothèse, faut-il que le tiers soit également présent? Les textes sont muets sur ce point ; l'affirmative s'impose cependant selon nous pour deux raisons. Le tiers peut, en effet, apporter un concours souvent précieux à la marche de l'instruction et, d'autre part, s'ils s'abstenait d'intervenir, ses affaires personnelles risqueraient de se trouver en péril. Une autre règle qui s'impose au magistrat instructeur est de se faire accompagner dans ses perquisitions par le Procureur de la République et le greffier du Tribunal. L'assistance de ces deux personnes n'est pas au même degré une condition formelle de la régularité de la visite. Ainsi celle du greffier est indispensable car le procès-verbal, document essentiel, requiert quelqu'un pour le rédiger. Il est, au contraire, absolument inadmissible que l'absence du Procureur de la République soit suffisante pour vicier la visite car, par son inaction intentionnelle, il pourrait arrêter fatalement l'instruction.

Le plus souvent, le juge d'instruction se heurtera

à une résistance systématique et bien compréhensible de la part de ceux chez lesquels il veut perquisitionner, il aura alors incontestablement le droit de faire enfoncer leur porte. Ayant pénétré dans le domicile, le juge va pouvoir s'emparer de toutes les pièces que bon lui semblera, même de celles qui n'ont aucun rapport avec l'affaire.

Le juge d'instruction peut-il déléguer ses pouvoirs en matière de perquisition domiciliaire à un collègue ou à un magistrat d'un degré inférieur? Telle est une des questions les plus controversées en même temps qu'une de celles dont la solution importe au plus haut point à la liberté individuelle. C'est, en effet, « *intuitu personae* » que la loi a investi le juge d'instruction de l'attribution si délicate de perquisitionner. Les autres fonctionnaires peuvent donc ne pas être à même de remplir cette mission avec tout le tact désirable. Les arguments mis en avant pour faire triompher la possibilité de la délégation nous semblent très faibles et contraires à l'esprit comme à la lettre de la loi. Passons les rapidement en revue. On invoque d'abord les articles *83* et *84* du Code d'Instruction Criminelle qui autorisent le juge d'instruction à déléguer un juge de paix pour l'audition de témoins domiciliés hors de son canton et empêchés par un motif grave de se rendre près de lui. Ce n'est là, dit-on, que l'application particulière du principe général de la délégation qui joue dans tous les cas. Rien n'est plus faux que ce raisonnement qui méconnaît une des règles les plus fondamentales de notre ancien droit, celle du caractère toujours exceptionnel des

délégations. Jousse était catégorique à cet égard [1] et nous n'avons aucune raison sérieuse de croire que le législateur ait entendu rompre avec la tradition. D'autre part, il serait singulièrement dangereux d'établir quelque analogie entre une opération passive et relativement simple comme celle de l'audition des témoins et la faculté si délicate de perquisition. — On dit ensuite que si le législateur avait voulu empêcher la faculté de délégation, il n'aurait pas manqué d'édicter formellement cette prohibition dans l'un quelconque des articles *87* à *89* du Code d'Instruction Criminelle, où il règle de très près la tâche du juge. Raisonner ainsi, c'est oublier qu'une exception ne saurait jamais être admise en raison de l'absence d'un texte. — Il est totalement irrationnel, ajoute-t-on, en troisième lieu, que le juge d'instruction n'ait pas le pouvoir de déléguer ses fonctions alors que son auxiliaire : le Procureur de la République, le possède en vertu de l'article 52. Cet argument est loin d'être probant car le Procureur de la République, ainsi que nous le verrons plus loin, n'est compétent qu'en matière de flagrant délit, c'est-à-dire tout à fait exceptionnellement. Il ne pourrait donc déléguer ses pouvoirs que dans ce cas, par suite de l'adage bien connu : « *Nemo dat quod non habet* ». Allant plus loin nous dirons que, même dans cette hypothèse, il ne délègue pas en réalité ses pouvoirs puisque ceux qu'il est censé en investir sont personnellement compétents. Il nous reste à examiner un dernier argument qui pas plus que les précédents n'est décisif. Malheureu-

(1) *Op. cit.* Tome III. P. 150.

sement, comme il est dicté par les nécessités pratiques et, dès lors, inéluctable, il a rallié la jurisprudence au système que nous combattons.

Il réside dans le fait que des perquisitions concomitantes sont parfois indispensables dans des lieux éloignés les uns des autres et que le juge ne peut les effectuer toutes par lui-même. S'il n'avait pas la faculté d'en charger une autre personne, la répression sociale s'en ressentirait forcément. Nous devons nous incliner devant la justesse de cette observation et ne pouvons que regretter que les circulaires administratives du ministère de la justice soient d'accord avec la jurisprudence de la Cour de Cassation pour consacrer des pratiques commodes sans doute, mais foncièrement illégales.

La faculté de perquisition domiciliaire du juge d'instruction est, ainsi que nous venons de l'établir, le corollaire même de sa fonction. Elle devrait donc logiquement lui être réservée et cela d'autant plus qu'il est le seul à présenter, grâce à son inamovibilité, toutes les garanties d'indépendance désirables. Mais deux infractions graves peuvent se commettre simultanément et comme la présence du juge au même moment en deux endroits différents est irréalisable, il a bien fallu investir le Procureur de la République et ses auxiliaires de certaines attributions extraordinaires, en prévision de ces cas exceptionnels. Ces fonctionnaires les puisent dans les articles *36* et *49* du Code d'Instruction Criminelle, mais ces attributions sont limitées au double point de vue des circonstances dans lesquelles elles peuvent jouer et des lieux où elles peuvent s'exercer. C'est encore l'urgence manifeste de l'hypothèse de

flagrant délit qui les justifie. Cette condition est tellement essentielle que si le Procureur de la République avait le moindre doute sur sa réalisation il devrait s'abstenir, de même qu'il devrait immédiatement s'arrêter si, après son arrivée sur les lieux, l'infraction cessait d'être flagrante. Il importe aussi, aux termes de l'article *32*, que cette infraction flagrante soit un crime, un simple délit même flagrant n'étant pas suffisant pour donner pouvoir au Procureur ou à ses auxiliaires. En second lieu l'article *36* spécifie que, dans notre cas, c'est seulement la maison du prévenu qui peut être visitée. Le domicile des tiers doit se trouver le plus possible à l'abri des recherches ; si pourtant le Procureur estimait qu'une perquisition dans un domicile autre que celui du prévenu serait susceptible de donner des résultats fructueux, il ne saurait agir de lui-même, mais il aurait l'expédient de requérir le juge d'instruction pour y procéder. La limitation du droit de perquisition du Procureur et de ses auxiliaires au domicile du prévenu ne doit pas cependant être poussée à l'extrême, la loi autorisant l'entrée aussi bien dans la maison du complice de l'infraction que dans celle de l'auteur principal et même dans tout autre domicile pourvu que les choses enlevées y aient été transportées. La question de la délégation des pouvoirs du Procureur de la République à ses auxiliaires, réglée par l'article 52 du Code d'Instruction Criminelle, ne nous paraît guère pratique. On ne voit pas bien, en effet, de quelle utilité pourrait être pour ces auxiliaires une semblable délégation, étant donné que l'article *49* les investit personnellement des mêmes droits. — Les

Préfets des départements et le Préfet de police à Paris qui, d'après l'article 10 du Code d'Instruction Criminelle, sont chargés de constater les crimes, délits, contraventions doivent naturellement, pour remplir leur mission, se voir attribuer le droit d'effectuer des perquisitions et saisies. La jurisprudence le leur reconnaît très largement leur ouvrant la porte des domiciles sur un vague indice de culpabilité que le fait soit crime ou délit flagrant ou non [1].

---

(1) D. 76-1-295.

SECONDE PARTIE

La question de l'inviolabilité de la personne et du domicile en droit étranger.

Après avoir étudié l'inviolabilité de la personne et celle du domicile en droit français, il nous paraît intéressant à un double point de vue d'examiner les mêmes questions dans les législations étrangères. En effet, la comparaison de ces dernières avec la nôtre nous ouvrira souvent des horizons nouveaux dans la recherche des progrès à réaliser. D'autre part, en dehors même de toute considération utilitaire, cette étude présentera toujours un très grand intérêt spéculatif et cela seul devrait suffire pour nous engager à l'entreprendre. Mais les législations étrangères sont extrêmement nombreuses et il ne saurait être question pour nous de les passer toutes en revue, cet examen débordant évidemment le cadre de notre travail. Du reste il nous aurait entraîné à de fatales et fastidieuses répétitions car, sous leur diversité apparente, les législations cachent souvent de profondes similitudes. Pour ne prendre que quelques exemples, la France et la Belgique n'ont-elle pas des principes juridiques à peu de choses près identiques? L'Angleterre et l'Amérique ne sont-elles pas de très proches parentes par leur législation? De même, l'Allemagne, et certains cantons suisses ne sont-ils pas imbus d'un même esprit quant à leurs institutions?

Préoccupé avant tout dans cette thèse de larges aperçus synthétiques, nous n'hésitons pas à négliger à dessein quelques différenciations de détail. Les

législations se ramènent, selon nous, à deux grandes familles : 1° Celles qui s'apparentent au droit anglais ; 2° celles qui s'inspirent des principes du droit allemand. La législation anglaise, la législation allemande voilà deux types d'institutions juridiques irréductibles les unes aux autres, mais également intéressantes à étudier. De considérables divergences les séparent. Soustraite dès sa naissance aux influences continentales la législation anglaise a toujours su garder une très grande autonomie. Ayant effectué sa codification postérieurement aux autres nations, l'Allemagne aurait, au contraire, dû subir diverses influences et, par suite, profiter de l'expérience des pays étrangers. Embrassant dans notre étude comparative le droit anglais et le droit allemand, nous constaterons cependant en opposant de très vieilles pratiques coutumières à des principes d'allure plus moderne que ces derniers n'ont pas lieu d'être préférés.

TITRE PREMIER

Droit anglais.

Le caractère le plus saillant du droit anglais, c'est d'être un droit historique. Aussi, avant d'étudier une question juridique déterminée, est-il nécessaire de voir comment le passé résolut cette question. L'utilité de cette recherche apparaît plus manifeste que jamais quand le problème est celui de la liberté individuelle. En effet, la réglementation actuelle de l'arrestation provisoire, de la détention préventive trouve sa source dans des documents remontant à des périodes fort reculées de l'histoire anglaise. Un coup d'œil rétrospectif sur cette dernière nous semble donc la préface logique à l'exposé des principes sur l'inviolabilité de la personne et celle du domicile.

On a généralement coutume d'affirmer que c'est la Grande Charte de Juin 1215 qui inaugure la longue série d'actes relatifs à la liberté individuelle. La préoccupation de garantir cette dernière serait, pensons nous, antérieure au XIII^e^ siècle, elle remonterait à l'an 1100 sous le règne d'Henri I^er^ qui aurait été contraint de faire quelques très minces concessions au peuple. Néanmoins c'est bien seulement le roi Jean Sans Terre qui, vaincu par les barons anglais, pose pour la première fois avec netteté le principe essentiel de la liberté provisoire. En effet, la Grande Charte spécifie qu' « *aucun homme*

libre ne doit être arrêté ou emprisonné si ce n'est en vertu d'un jugement de ses pairs rendu, conformément à la loi, suivant le droit du pays » (article 39). Confirmée à diverses reprises après la mort de son auteur, la Grande Charte fut enfin solennellement ratifiée par le prince Edouard I^er^ dans l'important statut nommé « *Confirmatio cartarum* ». Cette loi tendait de plus à assurer une très large publicité à la Grande Charte et, dans ce but, elle ordonnait la lecture de son texte un certain nombre de fois par an jusque dans les plus petites circonscriptions territoriales. Malgré ces multiples précautions sans cesse répétées, la liberté individuelle n'en eut pas moins de très nombreuses éclipses. Dès sa proclamation sacramentelle par Jean Sans Terre elle fut, en fait, inexistante.

Parjure à son serment de respecter fidèlement la Charte, le roi voulant se venger du triomphe des barons, en fit exterminer quelques-uns et s'attaqua à leurs propriétés. Un peu plus tard, sous la domination des Tudors et des Stuarts et, tout spécialement sous le règne d'Elisabeth, les plus intolérables abus sévissent dans la pratique.

Le despotisme des monarques est encore encouragé par les légistes qui s'efforcent de faire prévaloir à outrance de prétendus droits de la Couronne, tel que celui de détenir un individu sans lui faire connaître la raison de son emprisonnement. Mais le Parlement ne crut pas devoir laisser sombrer sans protester énergiquement les garanties obtenues jadis grâce à l'héroïsme des aïeux. Il formula donc en 1629 la célèbre « *Petition of Right* », synthèse des libertés traditionnelles du peuple anglais, que

Charles Ier confirma de nouveau en montant sur le trône. Oublieux de ses promesses, il ne devait pas du reste tarder à les annihiler par sa manière d'agir. Les principes fondamentaux de la Grande Charte qui étaient ainsi lettre morte appelaient pour leur réalisation pratique la nécessité de sanctions pénales efficaces. Une lutte acharnée durant onze années aboutit à l' « *Habeas corpus act* » du 21 mars 1679. Salué avec un enthousiasme égal à celui qui accueillit autrefois la Grande Charte, cet acte ne venait pourtant pas instaurer de principes nouveaux. Son but était simplement d'assurer la mise en œuvre des plus vieilles règles coutumières de la « *Common law* » à l'aide d'une procédure rapide. En 1689, le « *Bill of Rights* », véritable traité conclu entre le peuple et son roi [1], reconnut une fois de plus l'ancienneté et, par suite, le bien fondé des grandes libertés. Il faut enfin citer, selon Glasson [2], à titre de dernier document, une sorte de loi constitutionnelle sanctionnée en 1701 par le roi Guillaume et connue sous le nom d'*Act of setlement*, c'est-à-dire d'acte d'établissement.

Ayant parcouru rapidement les grandes étapes de la liberté individuelle dans l'histoire d'Angleterre, nous sommes maintenant en mesure d'aborder l'objet propre de notre étude : la réglementation actuelle de l'arrestation provisoire et de la détention préventive ainsi que celle de la sûreté du domicile.

---

(1) Glasson. Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre. Tome V. Page 207.
(2) *Op. cit.* Tome V. Pages 358, 59, 60.

CHAPITRE PREMIER

Inviolabilité de la personne.

Section I

Arrestation provisoire

L'arrestation provisoire s'opère généralement en vertu d'un mandat ou « *Warrant to appear* » lancé par un officier public. Elle résulte aussi exceptionnellement d'un simple avertissement d'avoir à comparaître ou « *summons* ». Le « *warrant* » correspond à notre mandat d'amener. Il est généralement décerné en matière de félonies autrement dit d'infractions graves, mais il peut l'être également pour un certain nombre de délits tels que ceux de chasse. Les « *summons* », au contraire, sortes de mandat de comparution, s'emploient, en principe, pour les délits ou « misdemeanors ».

Les autorités compétentes pour la délivrance des « *warrants* » et des « *summons* » sont très nombreuses. Cette prérogative appartient, en effet, aux plus hauts dignitaires de la Couronne comme aux plus modestes officiers de police judiciaire. Sont investis de cette attribution, en matière de droit commun, les juges de la Cour du Banc du Roi, le « *Lord-Maire* » de la Cité, les juges de paix des comtés, les fonctionnaires de police à Londres, voire même les

simples « *coroners* ». Pour les infractions politiques, les membres du Conseil privé et les secrétaires d'Etat seraient également compétents.

L'arrestation provisoire peut exceptionnellement avoir lieu en l'absence d'un mandat dans trois hypothèses dont deux sont spécifiquement propres au droit anglais. La première, en effet, que nous pouvons rencontrer dans toutes les législations, n'a rien pour nous étonner. C'est celle du flagrant délit qui donne le pouvoir d'arrestation non seulement aux magistrats et officiers de police (« *coroners* », « *constables* »), mais encore à toute personne. Notons même que le particulier qui se trouve fortuitement témoin d'un fait délictueux est obligé, sous peine de sanctions légales, de procéder à l'arrestation de son auteur. Les deux autres hypothèses, spéciales au droit anglais, sont les suivantes : l'arrestation sur simple soupçon de mauvaise conduite ; l'arrestation sur clameur de haro.

En l'absence de tout acte répréhensible, sur simple présomption de conduite douteuse, un particulier a la faculté d'en arrêter un autre, faculté qu'il exercera, du reste, à ses risques et périls car il sera sévèrement puni s'il agit à la légère. Ce qui n'est qu'une pure faculté pour les particuliers devient un impérieux devoir pour les « *constables* » lesquels sont tenus d'arrêter l'individu qui leur est dénoncé comme coupable d'un crime.

L'hypothèse que nous envisageons en ce moment, autorisant l'arrestation sur simple projet criminel, aboutit somme toute à légaliser ce que l'on appelle la justice préventive. Cette institution nettement contraire à la liberté individuelle a été l'objet de

très vives critiques de la part de Glasson qui la considère comme une véritable naturalisation des lettres de cachet. Nous nous associons pleinement à ces critiques mais nous devons pourtant reconnaître que cette justice préventive a tout au moins l'avantage d'éviter la perpétration d'un grand nombre de faits délictueux en donnant à ceux qui seraient tentés de les commettre un sérieux et salutaire avertissement.

Le troisième et dernier mode d'arrestation en Angleterre résulte de l'appel au secours qui accompagne la poursuite sur clameur publique ou clameur *de haro* [1]. Cette pratique du « *hue and cry* », tombée de nos jours en presque complète désuétude, a ses racines dans le très ancien droit normand. Elle n'intervient qu'au cas de flagrant délit et encore faut-il qu'il s'agisse d'une infraction grave ou félonie. L'auteur de celle-ci peut être livré à la vindicte publique par une autorité quelconque même par un simple particulier. Il suffit que le témoin du délit « élève la clameur » pour qu'aussitôt tous ceux qui l'entendent soient formellement mis en demeure de coopérer à la poursuite. L'arrestation sur clameur à cor et à cris est susceptible par sa nature même d'entraîner de graves abus. Créée pour rétablir l'ordre social compromis par l'infraction, elle peut aboutir au résultat inverse, c'est-à-dire le troubler en instaurant avec le règne de la vengeance privée celui du désordre qui la suit presque fatalement. C'est dans le but d'éviter de si déplorables conséquences que le droit anglais prend de minu-

(1) Glasson. *Op. cit.* VI, 743.

tieuses précautions contre les poursuites tombant à faux. Celui qui sans motif sérieux, les auraient déclanchées se verrait appliquer de fortes pénalités.

Malgré la menace de ces dernières, il est possible qu'un individu soit arbitrairement ou illégalement arrêté. Quelles sont en pareil cas les sanctions qu'il peut faire jouer contre le coupable? Elles se répartissent en deux ordres différents : Sanctions pénales, sanctions civiles. Les premières, d'un usage restreint, consistent en la répression des voies de fait concomitantes à l'arrestation. Les autres, au contraire, de pratique courante, sont les actions en dommages-intérêts appelées « *actions of trespass* ».

Elles sont faciles à exercer contre l'auteur de la violation de la liberté, ce dernier fut-il fonctionnaire. En effet, il n'existe pas, en Angleterre, d'institutions analogues à celle de la prise à partie permettant plus aisément l'impunité du coupable.

D'autre part, l'absence du principe de l'obéissance hiérarchique favorise la responsabilité effective des agents du pouvoir de tout degré. Justiciables des tribunaux de droit commun, ceux-ci sont assimilés à tout citoyen quant à leur châtiment.

Comme contrepoids à la si grande facilité de l'arrestation, le droit anglais érige en règle formelle la légitimité de la résistance. Ce point constitue une des plus sérieuses différences avec notre législation qui, attachant une présomption de légalité au profit de l'agent qui exécute un ordre déterminé, considère toujours la résistance comme une rébellion aux termes mêmes de l'article *209* du Code pénal. On discute souvent la question de savoir quelle est en théorie le système préférable à ce sujet. Ce

problème, selon nous, ne comporte pas de solution absolument catégorique. Partageant l'opinion de Glasson [1], nous pensons qu'il faut faire entrer en ligne de compte le caractère psychologique des peuples. C'est pourquoi le droit de résistance qui nous paraît heureux chez nos voisins eu égard à leur tempérament pondéré, nous semble extrêmement dangereux à implanter en France. Nos tendances frondeuses rendraient fort difficile, sinon impossible, l'application des lois. Quoiqu'il en soit, il ne faudrait pas croire que le droit de résistance joue toujours comme une excuse légale. Il n'a ce résultat que si l'arrestation est arbitraire ou illégale. L'emploi de la force entraîne, à l'inverse, une aggravation de pénalité au cas où l'arrestation est régulière.

Section II

La détention préventive

Si l'arrestation provisoire est chose aisée en Angleterre la détention préventive est par contre extrêmement difficile. Elle ne s'applique guère qu'au cas de crime très grave. Elle résulte alors du « *warrant of commitment* » ou mandat de dépôt, acte par lequel le juge ordonne l'emprisonnement du prévenu jusqu'à un interrogatoire ultérieur. Ce « *warrant* » délivré généralement par le juge de paix peut aussi l'être par le Conseil privé, les secrétaires d'Etat, les juges du Banc du roi. Sa durée de

(1) *Op. cit.* Tome VI. Page 746.

validité est fixée à une semaine, mais le magistrat a la faculté de le renouveler autant de fois que les circonstances l'exigent. Si la détention préventive est aussi rare, cela tient d'une part à la rapidité relative de la justice anglaise et de l'autre au fonctionnement d'une Commission qui a pour but le dégagement temporaire des prisons.

Il existe, en effet, une justice sommaire qui pour un grand nombre d'infractions parmi les moins grave vient abréger la durée de la détention préventive.

Cette justice expéditive est rendue par les Cours des petites sessions qui, composées de plusieurs juges de paix ou de police, se réunissent très fréquemment à Londres du moins. Il est vrai que dans les comtés la détention préventive se prolonge parfois plus longtemps par suite de l'intervalle qui sépare la réunion des « petites sessions ». C'est donc surtout la « *Commission of general gaol delivery* » qui aboutit à diminuer la durée de la détention préventive. Cette Commission donnée aux juges qui, deux fois l'an, président les Cours d'assises de circuit les investissent du droit de juger tout individu enfermé dans une maison de détention quels que soient les faits délictueux dont il est accusé. Un semestre telle est donc, au pis aller, la durée maxima de la détention préventive.

Laissant de côté cette dernière qui, répétons-le, est exceptionnelle, nous arrivons à l'étude de son palliatif nécessaire : la liberté provisoire. Celle-ci a lieu, en principe, moyennant caution. L'hypothèse de l'octroi pur et simple de la liberté est si rare que nous n'hésitons pas à la négliger systématiquement,

nous ne croyons cependant pas inutile de signaler ici la possibilité de sa réalisation.

La liberté provisoire sous caution est généralement accordée par les juges de paix des comtés et les fonctionnaires de police londoniens. Les « *constables* » et les « *coroners* » sont également compétents. Enfin, en matière de haute trahison, les secrétaires d'Etat et les juges de la Cour du Banc du roi sont seuls qualifiés pour accorder la mise en liberté.

Dans quels cas l'élargissement provisoire peut-il être prononcé? C'est un « *act* » d'Août 1848, relatif à la compétence des juges de paix, qui nous renseigne à ce sujet. Il résulte de cet « *act* » que la liberté provisoire est tantôt facultative, tantôt de droit.

En effet, pour un certain nombre d'infractions limitativement déterminés par l' « *act* », le juge jouit d'un pouvoir discrétionnaire tandis qu'au contraire dans tous les autres cas non prévus, il est absolument obligé d'édicter la liberté sous caution.

En quoi va donc consister celle-ci? Le versement d'une somme, l'engagement d'une tierce personne sont les deux solutions à envisager. Le montant du cautionnement est variable, il n'a ni minimum, ni maximum légal. La détermination de la somme à verser fixée souverainement par le juge dépend de quelques circonstances telles que la situation sociale de l'inculpé, la gravité de l'infraction commise, circonstances essentiellement variables avec chaque hypothèse concrète. Néanmoins la latitude dans la fixation du cautionnement se trouve heureu-

sement tempérée par la possibilité d'un appel du prévenu à la Haute Cour, s'il considère comme exagérée la somme qu'on exige de lui.

Section III

Sanctions contre les emprisonnements injustes et arbitraires

L'individu emprisonné arbitrairement a à sa disposition l' « *action in false inprisonment* » grâce à laquelle il peut obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui a causé la privation de liberté. Mais, comme le recouvrement de cette dernière est ce qui importe le plus au prévenu, il a avant tout intérêt à essayer de l'obtenir par la procédure de l' « *habeas Corpus* ». Cette institution, spécifiquement propre au droit anglais, est la garantie la plus précieuse qu'une législation puisse offrir à la liberté individuelle. Voyons donc quelles sont ses principales caractéristiques.

Tout d'abord, qu'entend-on par « *habeas corpus* » ou plus exactement « *writ d'habeas corpus* »?

« C'est une ordonnance par laquelle une juridiction supérieure, saisie de l'arbitraire ou de l'illégalité d'une détention déterminée, réclame à l'auteur de celle-ci la présentation du corps du détenu, afin de statuer en connaissance de cause sur la légalité ou l'illégalité de l'emprisonnement ». La dernière partie de cette définition, dans laquelle nous prenons soin d'indiquer le but du seul writ d' « *habeas corpus* » que nous ayons à envisager, prouve donc

que tous les « *writs* » ne tendent pas fatalement au même résultat. Seul, le « *writ d'habeas corpus ad subjiciendum* » présente de l'intérêt eu égard à la liberté individuelle. Ce sera donc uniquement lui que nous aurons en vue au cours des explications qui vont suivre.

Notre « *writ* » existe de très vieille date. Ce n'est donc pas l'Act de Charles II, en 1679, qui le crée de toutes pièces, il se borne à l'entourer d'un arsenal de pénalités afin de le rendre efficace. Les « *writs* » en vigueur à cette époque et de maniement plus difficile tendaient exactement au même but, ils n'avaient plus dès lors aucune raison de subsister. Ceux qui disparaissaient ainsi étaient au nombre de 3 : les « *writs de mainprize* » ; de « *homine replegiando* » ; de « *otio et atia* ».

Les deux premiers, adressés au « *sheriff* », lui ordonnaient la mise en liberté d'un individu moyennant des cautions personnelles ou réelles. Le dernier, au contraire, spécial au cas de prévention de meurtre, prescrivait une enquête qui aboutissait à l'élargissement provisoire si elle démontrait que la poursuite était le fruit d'une haine ou méchanceté.

Ayant jeté ce rapide coup d'œil rétrospectif sur le passé, entrons maintenant dans quelques détails relatifs au « *writ d'habeas corpus* ». Les principales questions que nous avons à résoudre, se répartissent ainsi : Dans quelles circonstances un « *writ* » peut-il être délivré? Qui peut le demander et l'accorder? Quelles sont les formes qu'il requiert? Enfin quels sont ses effets?

Tout emprisonnement, toute contrainte physique ouvre au profit de celui qui en est la victime le droit

à la demande d'un « *writ* ». Ce dernier est accordé dans toutes les hypothèses excepté dans celles qui sont formellement exclues par l' « *Act* », telle celle de haute trahison.

Un parent, un ami, une personne quelconque peuvent se substituer au prévenu dans la demande d'un « *writ* ». Le consentement de l'intéressé est inutile. Ce « *writ* » intervient donc parfois à son insu.

La juridiction normalement compétente pour la délivrance du « *writ* » est la Cour du Banc du roi. Toutefois, dans l'intervalle de ses sessions, un seul juge aurait qualité pour le lancer.

Les formalités requises pour son obtention sont relativement assez simples. Elles se bornent à une requête adressée à la Cour du Banc du roi, laquelle après examen de l'affaire ordonne sa délivrance ou, au contraire, son refus. Dans le premier cas, le destinataire du « *writ* », autrement dit celui qui détient un individu, se trouve obligé de répondre à la sollicitation de la Cour sous peine d'être condamné pour mépris de celle-ci [1]. La réponse qu'il doit fournir, désignée sous le nom de « *return of writ* », comprend, outre la production de toutes les pièces du procès, celle du corps du prévenu, plus importante que toutes les autres réunies. Dans chaque « *writ* », le délai du « *return* » est généralement fixé avec le plus grand soin. On le comprend aisément car s'il était laissé à la discrétion du destinataire l'inaction prolongée de celui-ci pourrait aboutir à éluder les précieuses garanties de l' « *habeas corpus* ».

(1) « *Contempt of Court* ».

Après l'audition du prévenu et de son geôlier, la Cour doit prendre relativement à l'inculpé l'une des trois décisions suivantes : son élargissement pur et simple ; — sa liberté sous caution ; — sa réintégration en prison. C'est la gravité plus ou moins grande de l'infraction qui détermine la Cour dans le prononcé de sa sentence.

Le « *writ d'habeas corpus* » produit d'importantes conséquences relativement aux magistrats et officiers publics. De très sévères pénalités sont prévues par l' « *Act* » de 1679 contre ceux qui refuseraient une copie de l'ordre d'arrestation ou qui captureraient une seconde fois pour le même motif un prévenu libéré grâce à un « *writ* ». Si le Lord-Chancelier ou l'un des douzes juges refusaient systématiquement la délivrance de l' « *habeas corpus* », ils s'exposeraient à une forte amende en réparation de leur déni de justice. Enfin, aucun sujet anglais ne saurait être emprisonné en Irlande, en Ecosse, à Jersey ou à Guernesey, pays où des abus criants s'étaient autrefois produits, celui qui enfreindrait cette défense se verrait infliger, outre l'amende au profit de la victime, des peines extrêmement dures dont la grâce du roi ne pourrait jamais le dispenser.

L' « *Habeas Corpus Act* » est susceptible de suspensions. L'histoire qui a enregistré un certain nombre de celle-ci prouve qu'elles ne jouent qu'en matière politique. Elles ont principalement pour but d'éviter l'impunité des prévenus de haute trahison et laissent par conséquent intactes les libertés des inculpés de droit commun. Cependant ces suspensions, malgré leurs conséquences restreintes et leur durée généralement courte, sont toujours consi-

dérées par le peuple comme de sérieuses atteintes à ses droits traditionnels et, comme telles, très mal accueillies. L'acte suspensif de l' « *Habeas corpus* » est suivi d'une loi rétroactive connue sous le nom d' « *Act of indemnity* ». Ce dernier a pour objet de mettre à couvert la responsabilité de ceux qui ont violé les prescriptions de l' « *Habeas corpus* » durant la suspension même de cette garantie.

CHAPITRE II

L'Inviolabilité du domicile.

Le proverbe familier à tout anglais « *My house is my castle* » traduit à merveille le sentiment de profonde indépendance qui anime le citoyen réfugié dans sa demeure. L'entrée dans celle-ci est toujours très difficile. La nuit, les visites domiciliaires ne peuvent intervenir qu'au cas d'extrême urgence et encore sont-elles limitées alors aux lieux notoirement mal famés. La détermination exacte des périodes respectives de jour et de nuit n'a pas toujours été basée en Angleterre sur le même critérium. Elle a, au contraire, suivi une évolution suggestive qu'il nous semble très intéressant de retracer rapidement ici.

A l'origine, le temps de jour était celui qui s'écoulait entre le lever et le coucher du soleil. Un peu plus tard, la possibilité de distinguer les traits d'un homme grâce à la seule lumière solaire marquait la délimitation du jour et de la nuit. Enfin, depuis 1916, ces systèmes concrets ont été définitivement abandonnés et remplacés par celui d'une détermination légale du jour et de la nuit.

Les perquisitions domiciliaires de jour commandées par les nécessités de l'instruction criminelle sont également très rares en droit anglais. Réservées au cas d'une culpabilité bien fondée, elles n'ont

généralement lieu qu'en vertu d'un « *search warrant* » (ou mandat de perquisition) délivré par le magistrat compétent. Cependant la faculté d'arrestation, si largement reconnue en cas de flagrant délit, entraîne comme corollaire inévitable au profit de toute personne le droit d'enfoncer les portes d'une maison qui ne s'ouvriraient pas spontanément à son appel.

En dehors de ces hypothèses exceptionnelles où l'ordre public se trouve en jeu, la protection du domicile est assurée grâce à deux incriminations nettement distinctes, mais fortement réprimées l'une et l'autre : le « *Burglary* »; — le « *Housebreaking* ». Ces deux faits délictueux diffèrent quant à leurs éléments constitutifs. Le « *burglary* » infraction grave rangée parmi les félonies suppose une introduction accompagnée d'une effraction (« *in breaking and entering* ») dans une maison d'habitation en temps de nuit (« *nightly* ») avec l'intention d'y perpétrer un crime (« *with intent to commit a felony wherin* »). Quand une de ces circonstances et particulièrement celle de nuit fait défaut, la pénétration délictueuse dans un domicile devient l' « *housebreaking* » jadis simple « *misdemeanor* », mais aujourd'hui « *felony* ».

TITRE SECOND

Droit allemand.

CHAPITRE PREMIER

Inviolabilité de la personne.

Section I

Arrestation

Le droit allemand distingue nettement quatre hypothèses en matière d'arrestation :

1° Le cas normal ;

2° Le cas du flagrant délit ;

3° Le cas de péril en la demeure ;

4° Le cas de fuite du prévenu.

Etudions les successivement :

1° Dans le cas normal [1], l'arrestation résulte d'un mandat écrit et motivé qui doit être notifié à l'inculpé. Averti grâce à cette notification des charges relevées contre lui, le prévenu a la faculté de se pourvoir contre le mandat. Dès que ce dernier a été lancé, il peut être mis aussitôt à exécution sauf toutefois en temps de nuit pendant lequel, comme nous le verrons plus loin, les dispositions protec-

(1) Article 114.

trices de la sûreté du domicile s'y opposent. Ce n'est pas toujours la même autorité qui a qualité pour décerner le mandat. Cette autorité compétente varie suivant le degré d'avancement de la procédure. Ainsi, avant que l'action publique ne soit intentée, c'est le juge de bailliage qui est investi de tout pouvoir. La phase de l'instruction préalable s'est-elle ouverte le juge d'instruction se voit, ipso facto, seul désigné. Quand enfin la procédure principale se déroule, le mandat est décerné soit par la Chambre Criminelle du Tribunal régional si l'affaire relève de ce Tribunal ou de la Cour d'Assises soit par le Tribunal d'échevins au sein des débats, si l'affaire ressortit à cette juridiction. Nous devons noter, qu'à la différence du droit français, le Code allemand ne connaît que deux mandats : mandat d'amener, mandat d'arrêt.

2° Dans l'hypothèse du flagrant délit [1], point n'est besoin d'un mandat pour opérer une arrestation. Ce pouvoir appartient non plus seulement au juge mais bien à toute personne. Toutefois l'arrestation présente alors un caractère essentiellement provisoire. Le processus de cette arrestation sera différent suivant que l'action publique aura été ou non intentée contre la personne arrêtée. L'article *128* du Code pénal allemand édicte que dans le premier cas la personne arrêtée doit être conduite devant le juge de bailliage dans le ressort duquel s'est effectuée l'arrestation. Après l'interrogatoire, c'est-à-dire dans un délai de 24 heures, le juge de bailliage se trouve placé en face d'une alter-

(1) Article 127 § 1.

native : l'ordre d'élargissement du prévenu ou la délivrance d'un mandat d'arrêt lequel vient, en quelque sorte, confirmer l'arrestation opérée provisoirement. Les deux branches de la même alternative se poseront non plus au juge de bailliage, mais au magistrat saisi de l'affaire au cas où l'action publique aurait déjà été déclanchée.

3° Quand il y a péril en la demeure [1], le ministère public, les officiers du service de la police et de la sûreté sont par ce seul fait investis du droit de capturer la personne présumée coupable en l'absence de tout mandat. La flagrance ou non flagrance du délit n'est plus ici prise en considération.

4° Lorsque le prévenu est en fuite ou lorsqu'il se cache [2] ce n'est plus un mandat d'arrêt qui est lancé contre lui. Le juge ou le ministère public délivrent dans ce cas une lettre d'arrestation. Cette dernière, si l'on va au fond des choses, n'est somme toute qu'une variante du mandat d'arrêt. Rendue publique par une insertion dans la presse, elle invite toute autorité à s'emparer de vive force de l'inculpé.

Section II

Détention préventive

Une fois le prévenu arrêté à l'aide de tel ou tel moyen que nous venons de passer en revue, que va-t-il devenir? Il ne peut être question pour lui de rester dans l'état transitoire de l'arrestation. Aussi

(1) Article 127 § 2.
(2) Article 131.

le Code allemand prend-il soin de réglementer minutieusement les conditions dans lesquelles la détention préventive est possible.

Il faut, tout d'abord, des présomptions graves de culpabilité contre la personne arrêtée, présomptions laissées du reste à l'appréciation souveraine du juge. Des soupçons fondés, tels que la crainte de fuite du prévenu, celle de la disparition des traces de l'infraction, celle de la subornation des témoins sont, en second lieu, nécessaires.

Il est cependant curieux de noter que dans l'article 112, la loi présume un certain nombre de circonstances qui, par elles-mêmes, sont significatives de l'intention de fuite de l'inculpé, qui doivent donc être suffisantes pour le constituer en état de détention préventive. L'infraction, objet de l'instruction, est-elle un crime? — L'inculpé est-il sans domicile, en état de vagabondage, dans l'impossibilité de justifier de son identité? — Le prévenu est-il étranger ou existe-t-il des motifs sérieux de douter qu'il se présente en justice sur une simple citation et qu'il consente à se soumettre aux conséquences du jugement à intervenir? La détention préventive peut résulter d'une de ces trois hypothèses, elle n'en découle pas cependant ipso facto. Le juge doit en outre s'efforcer de trouver des motifs suffisants pour justifier cette mesure de rigueur. — Ainsi donc, dans l'esprit du Code de procédure pénal allemand, cette dernière doit être l'exception. Elle n'est possible que dans des cas limitativement déterminés et encore dans ceux-ci le juge jouit-il d'une très large faculté d'appréciation. Quelle que soit la gravité de l'infraction, il n'est jamais obligé d'ordonner la

détention préventive. Par contre, en matière de délits emportant des peines légères [1] telles que celle des arrêts ou de l'amende, la ligne de conduite du juge est nettement tracée par la loi en faveur de la liberté provisoire. Placé devant une infraction de peu de gravité, il ne peut maintenir son auteur en état de détention préventive que si ce dernier remplit les deux conditions suivantes :

1° S'il est soupçonné de prendre la fuite ;

2° S'il est « *heimatlos* », vagabond, incapable de donner son identité. Si ces deux cas amènent la détention préventive, c'est qu'à l'élément réel de l'infraction vient s'ajouter un élément personnel défavorable à l'inculpé. La législation allemande présente donc ici une sérieuse infériorité sur la nôtre. Elle autorise, en effet, la détention préventive pour une simple contravention punie seulement de l'amende.

Quand les conditions de la détention préventive se trouvent remplies, de quels actes va-t-elle résulter, en d'autres termes quelles sont ses sources? C'est le mandat d'arrêt qui lui donne naissance. Or, en général, c'est lui aussi qui aura servi à opérer l'arrestation, le juge allemand pouvant décerner le mandat d'arrêt avant d'avoir employé le mandat d'amener. Dans ce cas, il n'est pas besoin d'un nouvel acte judiciaire pour transformer l'arrestation provisoire en détention préventive, celle-ci étant impliquée, de prime abord, dans le mandat d'arrêt. Ce fait dans lequel réside une nouvelle différence avec notre droit, rend beaucoup moins nette la ligne

(1) Article 113.

traditionnelle de démarcation entre l'arrestation provisoire et la détention préventive, distinction si marquée en droit anglais. Le juge allemand est libre de ne pas délivrer un mandat d'amener pour interroger la personne soupçonnée de l'infraction avant la mise en état de détention préventive. Il peut, dès l'origine, décerner un mandat d'arrêt sauf à le rapporter postérieurement si l'interrogatoire ne lui a permis de relever aucune charge sérieuse contre l'inculpé. Malheureusement la révocation du mandat d'arrêt nécessite en plus de la volonté du juge l'autorisation du ministère public ou du Tribunal. La différence essentielle existant entre le mandat d'amener et le mandat d'arrêt c'est donc que pour le premier une décision du juge est nécessaire pour maintenir l'inculpé en état de détention préventive tandis qu'à l'inverse pour le second cette décision est nécessaire pour la mise en liberté.

Constitué en état de détention préventive, l'inculpé n'en continue pas moins à être entouré de sollicitude de la part du législateur allemand. Toute une série de précieuses garanties lui sont offertes. C'est ainsi qu'il doit être interrogé dans les 24 heures, nonobstant Dimanches et fêtes. Afin de lui épargner une promiscuité pénible, il subira son emprisonnement dans des locaux séparés de ceux des condamnés. Seules les mesures les plus strictement indispensables lui seront appliquées ; la mise aux fers susceptible d'aggraver sa situation est tout à fait exceptionnelle.

Par contre, la possibilité de bénéficier d'un régime de faveur est largement ouverte au prévenu.

En ce qui touche ses relations avec l'extérieur, il

est également traité avec bienveillance. Le juge d'instruction a néanmoins droit de former opposition à ces rapports, sauf à ceux qui assurent la libre communication de l'avocat avec son client. La tâche de la défense est rendu singulièrement délicate du fait du secret de l'instruction. Seul possesseur du dossier renfermant tous les documents relatifs à une affaire déterminée, le juge a la faculté de n'en donner connaissance à personne.

En cas d'arrestation opérée à tort, l'inculpé est fondé à demander des dommages-intérêts, mais le juge ne peut y être condamné que s'il a agi avec intention ou encore par négligence, conformément à l'article 839 du Code civil allemand. La sanction est donc ici encore tout aléatoire.

Le Code allemand, considérant la détention préventive comme une exception, a été tout naturellement amené à réglementer la mise en liberté provisoire. L'individu incarcéré peut la réclamer qu'il fournisse ou non caution. La première hypothèse est formellement visée par l'article *117* du Code pénal allemand. Aux termes des articles 118 et 119 le cautionnement consiste soit dans le dépôt d'une somme en numéraire ou en valeur, soit dans la remise d'un gage, soit enfin dans la constitution d'une caution fournie par des personnes offrant des garanties suffisantes. Si l'inculpé se prépare à fuir ou bien encore s'il ne comparaît pas sur citation, il ne saurait se dérober à l'arrestation en donnant caution [1]. Le cautionnement se trouve acquis au Trésor dès lors que le condamné s'est soustrait à

(1) Article 120.

l'exécution de la peine privative de liberté prononcée contre lui [1]. La mise en liberté provisoire est prononcée tantôt par le juge de bailliage, tantôt par le juge d'instruction selon que l'affaire regarde les Tribunaux d'échevins ou les tribunaux régionaux. La confiscation du cautionnement est, au contraire, exclusivement réservée à la Chambre criminelle du Tribunal régional ou au Tribunal d'Empire. Une différence fondamentale entre la législation allemande et la nôtre doit être enfin signalée ici d'autant plus qu'un corollaire en résulte pour la liberté provisoire. Nous voulons parler de l'indépendance absolue entre l'action publique et l'action civile. La personne lésée n'ayant donc pas la faculté de se constituer partie civile devant la juridiction criminelle n'aura pas non plus celle de s'opposer à la mise en liberté provisoire.

---

(1) Article 122.

CHAPITRE II

Inviolabilité du domicile.

L'inviolabilité du domicile est sanctionnée par l'article *123* du Code pénal allemand. Ce texte punit ceux qui sans droit et avec violence s'introduisent dans la demeure d'autrui. L'autorité judiciaire a cependant parfois qualité pour effectuer des perquisitions. Les articles *102* et *103* lui confèrent ce droit relativement au domicile d'un individu soupçonné ou non.

Pour le premier, le but de la perquisition doit être l'arrestation du coupable, complice, recéleur ou bien encore la découverte de preuves. Au contraire, la visite chez les tiers n'est autorisée que si des présomptions graves existent à l'encontre de ces derniers et que si, de plus, elle tend à l'arrestation du coupable, à la poursuite de la trace d'un fait punissable, à la saisie de certains objets.

La faculté de perquisition domiciliaire est limitée durant la nuit. Seule l'urgence de la situation la justifie alors, c'est ainsi qu'elle s'exercera au cas de flagrant délit, de péril en la demeure, de chasse contre un prisonnier évadé. Toutefois certains locaux, tels que les maisons appartenant à une personne placée sous la surveillance de la police, les auberges ou hôtels, maisons de jeu ou de prostitution sont mis hors le droit commun et peuvent être

visités en tout temps. C'est généralement, avons-nous dit, le juge qui est compétent pour effectuer les perquisitions. Cependant le cas d'urgence ouvre ce droit au profit du ministère public et des officiers de police. La présence de l'habitant du lieu visité n'est pas nécessaire pendant la perquisition, le juge peut, à bon droit, y procéder si ùn voisin y assiste.

Ayant pénétré dans la demeure d'un individu le juge a la faculté d'y saisir tout objet qu'il considère comme utile à l'instruction. La correspondance émanant de l'inculpé ou à lui adressée peut être confisquée, c'est dire comment est assuré le secret des lettres privées. Seul qualifié pour procéder à la perquisition, il est logique que seul aussi le juge soit compétent en matière de saisie de documents. Néanmoins, ici encore, l'urgence de la situation investit le ministère public ou les officiers de police de cette importante prérogative. Mais le dernier mot appartient au juge qui, même dans l'hypothèse d'urgence, est appelé à ratifier la saisie si elle a été opérée en l'absence de l'intéressé ou si elle soulève une protestation de la part de ce dernier.

CONCLUSION

L'étude spéculative de l'inviolabilité de la personne et du domicile en droit français nous a révélé de nombreuses imperfections de notre système pénal. L'exposé des deux législations étrangères les plus typiques nous a permis d'établir d'intéressantes comparaisons entre les réglementations différentes des mêmes institutions juridiques.

Une double conclusion utilitaire se dégage de l'ensemble de notre travail : l'opportunité de conserver dans ses grandes lignes notre organisation pénale mais, d'un autre côté, la nécessité d'y apporter un certain nombre de retouches de détail. Quelles sont parmi celles-ci les plus urgentes à réaliser? Telle est la dernière question qui se pose à notre esprit.

Une loi sur le droit d'arrestation en matière de simple police nous semblerait singulièrement utile. Nous savons, en effet, que les agents de police et les gendarmes commettent journellement des abus de pouvoir à ce sujet. Ils considèrent la faculté d'arrestation comme parfaitement licite dans cette hypothèse alors que nous avons, au contraire, posé qu'elle est en principe illégitime au cas de contraventions. Nous ne pouvons cependant méconnaître qu'elle est parfois le seul moyen d'assurer la tranquillité de la voie publique sans cesse compromise

par des tapageurs ou des ivrognes. C'est précisément en vue de ces hypothèses très spéciales que nous souhaitons voir intervenir des dispositions législatives précisant que le droit d'arrestation en matière de simple police ne sera ouvert que si le trouble apporté par les délinquants est assez sérieux et que si ceux-ci, après admonition préalable, se refusent à cesser leur scandale.

Une législation soucieuse de la liberté individuelle devrait, selon nous, proclamer la nullité des mandats lorsque ceux-ci sont dépourvus d'une formalité essentielle, telle que la signature du fonctionnaire qui les lance. L'incompétence de l'autorité dont ils émanent devrait aussi les vicier. Aucune de ces causes de non validité n'est inscrite dans notre Code. Cependant depuis longtemps la doctrine et la jurisprudence se prononcent en faveur de la nullité des mandats irréguliers. Cette solution résulte aussi, croyons-nous, virtuellement du moins, de deux textes du Code d'Instruction Criminelle. Les articles *609* et *615* resteraient inexplicables si on ne faisait appel à notre idée. En effet, l'article 615 renvoie à la Constitution de l'an VIII, d'après laquelle on ne peut être arrêté ni détenu que suivant les prescriptions de la loi. L'article *609* considère, d'autre part, comme inexécutable, c'est-à-dire comme dénué de toute valeur le mandat décerné sans les formes requises.

Parmi les garanties les plus solides de la sûreté personnelle, l'obligation pour le juge de motiver tous les actes relatifs à la détention préventive nous apparaît comme une des plus précieuses. Cependant le Code n'en fait une règle absolument formelle que

pour le mandat d'arrêt dans l'article *96* du Code d'Instruction Criminelle. Mais, étant donné que la nécessité d'une semblable mesure est tout aussi manifeste dans les hypothèses où elle ne se trouve pas expressément formulée, nous n'hésitons pas à demander sa généralisation.

Nous ne faisons, du reste, en cela que suivre les traces de M. le Professeur Larnaude, père de cette excellente idée. Quand elle aura reçu la consécration législative, nous n'aurons plus à redouter la légèreté du juge d'instruction. Avant de prendre une décision quelconque, ce dernier sera amené à peser minutieusement les arguments qui la commandent. La pratique a été la première à se rendre compte de l'utilité de motiver les actes touchant la détention préventive. C'est là une manière d'agir suivie dans un grand nombre de parquets. Mais cette constatation rassurante sans doute n'est pas suffisante pour nous contenter. Il faut, pour asseoir notre règle, une base plus réelle qui ne peut être trouvée que dans la loi. Celle-ci devrait, en outre, clairement spécifier que l'obligation de motiver ne saurait être considérée par le juge comme une banale formalité sorte de clause de style des mandats, sans quoi elle risquerait de dégénérer en une garantie dénuée de toute valeur. Les motifs invoqués doivent au contraire être étayés sur des raisons précises.

En matière de détention préventive, la loi consacre l'arbitraire absolu du juge d'instruction. Lui seul, nous le savons, est souverain maître de la liberté des individus. Son omnipotence a été vivement critiquée et nombreux ont été les projets de

réforme proposés. Les uns se contentent d'indiquer quelques modifications de détail à la législation en vigueur, les autres, plus radicaux, la bouleversent de fond en comble. Parmi les premiers, il en est un qui ferait cesser une choquante anomalie et que, pour ce motif même, nous adoptons. C'est celui qui laisserait au juge d'instruction *seul* le pouvoir de donner mainlevée du mandat de dépôt ou d'arrêt primitivement lancé par lui. On ne voit pas bien, en effet, la raison pour laquelle il est aujourd'hui obligé, aux termes de l'article 94 du Code d'Instruction Criminelle, d'attendre pour agir ainsi les conclusions conformes du Procureur de la République. Dès lors que la détention préventive ne paraît plus utile au juge il doit avoir la faculté de la faire cesser sur-le-champ. Mais, à côté de ce remaniement partiel, il nous semble également nécessaire de transformer quelque peu l'allure générale de la législation relative à la détention préventive. Pour parvenir à ce résultat, les solutions peuvent se diviser en deux grands groupes : 1° Celles qui préconisent l'extension de la liberté provisoire ; 2° celles qui apportent des restrictions à la détention préventive. A quel parti devons-nous nous arrêter ? Tel est le problème qui nous retiendra ici et que nous ne pourrons résoudre qu'après un examen succinct des réformes proposées.

La liberté provisoire doit être possible en toutes matières. Voilà certes une excellente idée qu'on ne peut qu'approuver mais dont la mise en œuvre pratique est quasi impossible. Comment, en effet, préciser les pouvoirs exacts du juge d'instruction ? Rien

de plus simple, disent quelques réformateurs [1], il suffit de distinguer les crimes et les délits. Pour ces derniers, la liberté provisoire serait toujours de droit, dès lors que l'inculpé présenterait des garanties de quelque valeur, telles qu'un domicile, des antécédents honorables, une situation bien cotée. Nous répondrons qu'un critérium tiré de la gravité intrinsèque des infractions est peu solide et que la loi, ne pouvant évidemment englober toutes les hypothèses dans ses prévisions, est fatalement conduite à prévoir des exceptions qui ramènent la libre appréciation du magistrat instructeur.

Il faut donc, selon nous, abandonner les projets de réforme relatifs au développement de la liberté provisoire et chercher, avec le second groupe de solutions, les moyens propres à réduire la durée de la détention préventive. C'est là, en effet, le côté le plus choquant de cette institution. La loi doit donc prévoir un délai préfixe au delà duquel les mandats seraient périmés, en même temps qu'elle doit reconnaître la possibilité de leur renouvellement, car les instructions peuvent être plus ou moins laborieuses. Il n'y a pas lieu, pensons-nous, de réserver un délai différent selon la gravité de l'infraction, un délit pouvant être tout aussi difficile à instruire qu'un crime. Quelle doit donc être la durée de validité d'un mandat? Il faut pour la déterminer se garder de tout excès aussi dangereux dans un sens que dans l'autre. Le mieux est de consulter la pratique qui, révélée dans les statistiques, donne aux instructions une durée moyenne d'un

(1) De Ramel. Proposition de loi 1898. Chambre annexe. N° 206.

mois. On pourrait admettre qu'après ce délai le mandat se trouverait périmé. Quelle serait, à cette échéance, l'autorité compétente pour le renouveler? Laisser ce pouvoir au juge d'instruction aboutirait à rendre illusoire toute réforme. Il faut de toute nécessité l'intervention d'une autorité n'ayant pas été partie au début de la procédure. Nous accorderions volontiers ce droit à la Chambre des mises en accusation.

Les droits de perquisition et de saisie, dont, au cours de notre travail, nous avons reconnu le caractère inéluctable, ne sont pas entourés dans notre législation actuelle de garanties suffisantes. Ils ouvrent trop souvent la porte à des abus intolérables. Comme il ne peut raisonnablement être question d'abroger ces droits purement et simplement, sous peine de favoriser les malfaiteurs, le mieux est de les entourer de formalités protectrices de la liberté individuelle. On nous objectera peut-être que, dans sa teneur actuelle, l'article *38* du Code d'Instruction Criminelle édicte de semblables formalités. Nous le reconnaissons aisément, mais ces formalités sont lettre morte parce que non sanctionnées. Que la loi établisse donc la nullité des opérations en cas d'inobservation des formalités prévues et alors elles seront vraiment efficaces. Il importerait de plus de déjouer les procédés blâmables par lesquels des juges d'instruction peu discrets et trop complaisants pour la presse mettent à la disposition de celle-ci des documents ayant un caractère nettement confidentiel. Ces agissements devraient être énergiquement réprimés. Nous voudrions enfin que les Commissions rogatoires soient

expressément réservées à des magistrats de l'ordre judiciaire.

Quant à l'article 10 concernant les pouvoirs des préfets des Départements et du préfet de police à Paris, depuis longtemps déjà une réforme paraît nécessaire. Nous savons que de nombreuses propositions d'abrogation soumises au Parlement ont échoué, puisque ce texte est toujours debout. Cependant pour les préfets des Départements la législation actuelle n'a plus de défenseurs. Leur caractère administratif apparaît, en effet, en opposition trop absolue avec la qualité d'agents judiciaires que leur donne l'article 10. Pour le Préfet de police, les esprits restent partagés en deux opinions. Certains veulent conserver le système du Code d'Instruction Criminelle qui est une arme indispensable aux mains de l'autorité dans un centre aussi populeux que Paris. D'autres craignant toujours les abus réclament l'abrogation pure et simple du texte en question. A notre avis, cette dernière thèse trop absolue n'a aucune chance d'être adoptée d'une façon générale et c'est pourquoi nous pensons que l'article *10* peut être conservé en le modifiant sur deux points : d'abord assurer la transmission des affaires à la justice dans le plus bref délai possible ; ensuite limiter la détention à 24 heures au maximum.

Telles sont les réformes que nous jugeons les plus désirables dans l'état actuel de notre législation, mais nous concéderons bien volontiers qu'elles ne sont pas aussi indispensables qu'on pourrait le croire à première vue grâce à l'organisation poli-

tique de notre pays. En effet, le droit d'interpellation qui joue facilement et efficacement dans un régime parlementaire sera presque toujours une garantie sérieuse contre des atteintes à l'inviolabilité des personnes ou à celle de leurs domiciles.

Vu :
Le Professeur chargé de la thèse,
CHAUVEAU.

Vu :
Le Doyen,
Ch. TURGEON.

Vu pour permis d'imprimer :
Rennes, le 18 Janvier 1924.
Le Recteur,
L. GÉRARD-VARET.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

BIBLIOGRAPHIE VII

INTRODUCTION 1

PREMIÈRE PARTIE

La question de l'inviolabilité de la personne et du domicile en Droit français.

TITRE PREMIER. — Historique 9

CHAPITRE I. — Droit romain 9

CHAPITRE II. — Ancien Droit français 12

CHAPITRE III. — Droit intermédiaire 18

CHAPITRE IV. — Législation impériale et Droit moderne. 25

TITRE SECOND. — Droit positif 31

CHAPITRE I. — Inviolabilité de la personne 31

Section I. — Arrestation provisoire 33

§ 1. — Le flagrant délit 36

§ 2. — Le délit non flagrant 39

Section II. — Détention préventive 44

Section III. — Sanctions à l'inviolabilité de la personne 51

CHAPITRE II. — Inviolabilité du domicile 55

Section I. — Actes qui constituent le délit de violation du domicile 57

Section II. — Actes qui ne constituent pas le délit de violation du domicile 61

DEUXIÈME PARTIE

La question de l'inviolabilité de la personne et du domicile en Droit comparé.

Pages

TITRE PREMIER. — Droit anglais 79

CHAPITRE I. — Inviolabilité de la personne 83

Section I. — L'Arrestation provisoire 83

Section II. — La détention préventive 87

Section III. — Sanctions contre emprisonnements injustes ou arbitraires 90

CHAPITRE II. — Inviolabilité du domicile 95

TITRE SECOND. — Droit allemand 97

CHAPITRE I. — Inviolabilité de la personne 97

Section I. — Arrestation 97

Section II. — Détention préventive 99

CHAPITRE II. — Inviolabilité du domicile 105

CONCLUSION 107

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.